DIE TELEOLOGISCHE REDUKTION DES § 181 BGB UNTER BESONDERER BERÜCKSICHTIGUNG DER EINMANN-GmbH MIT IDENTISCHEM GESELLSCHAFTER-GESCHÄFTSFÜHRER

Werner Göggerle

1974

74 C84

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546514_0045

DIE TELEOLOGISCHE REDUKTION DES § 181 BGB UNTER BESONDERER BERÜCKSICHTIGUNG DER EINMANN-GmbH MIT IDENTISCHEM GESELLSCHAFTER-GESCHÄFTSFÜHRER

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
des Fachbereiches Rechtswissenschaft
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von

Werner Göggerle

aus Stuttgart

1974

DISSERTATIONSDRUCK SCHÖN · 8 München 40 · Belgradstraße 11

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Dekan: Professor Dr. Knut Wolfgang Nörr
1. Berichterstatter: Professor Dr. iur. Dr. phil. h. c. D. theol. Ludwig Raiser
2. Berichterstatter: Professor Dr. iur. Robert Scheyhing

Tag der mündlichen Prüfung: 7. Februar 1974

INHALTSVERZEICHNIS

Seite

EINLEITUNG
Zur Geschichte der Auslegung des § 181 BGB durch die Rechtsprechung bezüglich der Einmanngesellschaft 3

TEIL 1 7

A. Die Normzwecke des § 181 BGB und die teleologische Reduktion der Vorschrift 7

I. Die teleologische Reduktion bei der Einmann-GmbH als Problem der Rechtssicherheit, soweit die inhaltliche Gültigkeit der Insichgeschäfte betroffen ist 7
1. Übersicht über den Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur 7
2. Der unterschiedliche Schutzumfang des Rechtsverkehrs in Literatur und Rechtsprechung 8
3. Die Bedeutung der Erleichterung der Nachprüfbarkeit von Insichgeschäften für Dritte 11
4. In Rechtsprechung und Literatur zum Ausdruck gekommene Motivation für die Zulassung der teleologischen Reduktion 13

II. Voraussetzungen der teleologischen Reduktion bei der Einmann-GmbH 16
1. Verwirklichung des primären Normzweckes durch Vorverlegung des gesetzlichen Schutzes und die Betrachtung der Norm als formale Ordnungsvorschrift 17

III. Die Konzeption des Vertretenen- und Verkehrsschutzes durch die spezifische Normfassung des § 181 BGB 20
1. Das Gestattungserfordernis als der eigentliche Ort des Vertretenenschutzes 20
2. Die formale Ausgestaltung und ihr Zusammenhang mit der Gestattung 22

IV. Die Erweiterung des Schutzes der Rechtssicherheit zur Vermeidung von unkontrollierbaren Vermögensübertragungen zwischen Alleingesellschafter und Einmann-GmbH 25
1. Die Kontrolle von Übereignungsvorgängen ist kein Normzweck des § 181 BGB 25
a) Die Kundgabe eines jeden Insichgeschäfts nach außen ist als Postulat der Rechtssicherheit von Rechtsprechung und Literatur anerkannt 26

2. Die divergierende Interessenlage in den §§ 929 ff schützt den Rechtsverkehr vor Vermögensmanipulationen 27
3. Auch das Selbstkontrahieren muß von einem selbständigen Interessenträger gestattet werden 29
a) Bei der Einmann-GmbH mit identischem Gesellschafter-Geschäftsführer fehlt der Interessengegensatz 29
4. Nur unzureichende Möglichkeiten des Verkehrsschutzes bei der Einmann-GmbH ohne unabhängiges Kontrollorgan, weil die tatsächliche Ausführung der Insichgeschäfte nicht überwacht werden kann 30
a) Kundgabe durch Besitzübertragung 31
b) Sicherung des Rechtsverkehrs durch strenge Beweisanforderung 32
c) § 60 Abs. 5 Satz 3 des RefE eines GmbHG'es verlangt die Schriftform für alle Insichgeschäfte 33
d) Die Durchführung von Rechtsgeschäften ist auch bei qualifizierten Kundgabeakten nicht sicherzustellen 35
V. Die Gefährdung der Gläubiger durch Manipulationen des Gesellschafter-Geschäftsführers verbietet eine Reduktion des § 181 BGB bei der Einmann-GmbH 37
1. § 47 Abs. 4 GmbHG ist nicht auf den Beschluß des Alleingesellschafters anwendbar, der ihn vom Selbstkontrahierungsverbot befreien soll 41

TEIL 2 42

B. Strikte Anwendung des § 181 BGB auf die Einmann-GmbH zur Sicherung des Stammkapitals wegen der Unkontrollierbarkeit der inhaltlichen Angemessenheit der Insichgeschäfte 42

I. Interessenidentität zwischen Alleingesellschafter und Einmann-GmbH ist nicht unbeschränkt 42
II. Vergleichbare Gefahrenlagen beim Schutz des Vertretenen und des Stammkapitals, die eine Beibehaltung des § 181 BGB zur Erhaltung des Stammkapitals rechtfertigen 44
1. Keine Gefährdung der Rechtssicherheit bei einer Verminderung des Stammkapitals durch den selbstkontrahierenden Gesellschafter 44
2. Der Grundgedanke des primären Normzweckes des § 181 BGB fordert seine Anwendung 45

a) Keine Kontrollmöglichkeit einer unberechtigten Entziehung des Stammkapitals durch den Alleingesellschafter-Geschäftsführer 47
b) Keine Gewinnentnahme aus dem Gesellschaftsvermögen durch Insichgeschäfte 50
3. Erst § 181 BGB bewirkt die Effektivität der Rechtsprechung zur Unterkapitalisierung und fördert die Durchsetzung des § 31 GmbHG 52
a) Bei einem strikten Verbot des § 181 BGB kann der Alleingesellschafter auch erwünschte Insichgeschäfte nicht vornehmen 55
aa) Der Gesellschafter kann der Gesellschaft ein Darlehen nicht gewähren 55
bb) Ein Darlehen, das die Aufnahme des Geschäftsbetriebs erst ermöglicht, kann der Alleingesellschafter seiner Gesellschaft nicht geben 56
cc) Der Gesellschafter kann seinen Geschäftsführervertrag allein nicht abändern 57
dd) Der Gesellschafter kann eine Kapitalerhöhung beschließen, nicht aber die Anteile selbst auf sich übertragen 58
4. Der konstruktive Geschäftsbetrieb ist ein materielles Ordnungselement der Einmann-GmbH 59
5. §§ 30, 31 GmbHG und §§ 29 ff KO sind nur Minimalerfordernisse des Gläubigerschutzes 60
6. Dem Schutz der Gesellschaftsgläubiger gebührt der Vorrang vor der unbegrenzten Entfaltungsfreiheit der Einmann-GmbH 62

TEIL 3 65

C. Folgerungen für weitere Anwendungsbereiche der Vorschrift 65

I. Vom Verbot des § 181 BGB kann bei einem Dritten als Geschäftsführer der Einmann-GmbH befreit werden 66
1. Das Gesetz enthält keinen Anhaltspunkt für ein besonderes Mißtrauen gegenüber dem Dritt-Geschäftsführer 66
2. Keine Erstreckung der §§ 31 Nr. 2 KO und 3 Abs. 1 Nr. 2 AnfG auf den Dritt-Geschäftsführer und dessen Angehörige 68

II. Die Extension des § 181 BGB auf Rechtsgeschäfte mit Hilfspersonen 70
1. Der rechtliche Erfolg einer vertraglichen Beziehung zwischen Vertretenem und Vertreter kann nur bei Zustimmung des Vertretenen eintreten
III. Keine Reduktion der Norm bei der Mehrpersonengesellschaft 76
IV. Die Reduktion der Vorschrift bei Schenkungen der Eltern an ihre geschäftsunfähigen Kinder ist zuzulassen 77
1. Die teleologische Reduktion des § 181 BGB bei Geschäften, die dem Vertretenen lediglich einen rechtlichen Vorteil bringen, ist zuzulassen 82
V. Keine analoge Anwendung des § 181 BGB auf Interzessionsgeschäfte 83
VI. Bei Zustimmungsgeschäften ist eine erweiternde Anwendung des § 181 BGB geboten 88

Ergebnis und Zusammenfassungen 93

Literaturverzeichnis VII

Abkürzungsverzeichnis XV

LITERATURVERZEICHNIS

Achilles-Greiff,	BGB, 21. Aufl. 1958
Aigner, Karl-Heinz,	Die Selbstermächtigungserklärung des Gesellschafter-Geschäftsführers einer Einmann-GmbH, Diss., München 1965
Bartholomeyczik, Horst,	Die Anfechtung der Stimmabgabe zum Körperschaftsbeschluß, AcP 144 (1938), 287-330 (zitiert: Bartholomeyczik, AcP 144, ...)
---	Der Körperschaftsbeschluß als Rechtsgeschäft, ZHR 105 (1938), 293-334 (zitiert: Bartholomeyczik, ZHR 105, ...)
Bauer-Mengelberg, R.,	Generalvollmacht aus Rechtsfragen der Praxis, Leipzig-Berlin 1932 (zitiert: Generalvollmacht)
---	Anmerkung zu RG in JW 1931, 2229 f
Baumbach-Hueck,	GmbH-Gesetz, 12. Aufl. 1966
Baur, Fritz,	Lehrbuch des Sachenrechts, 5. Aufl. München-Berlin 1969
Berns, Reinhold,	Die Einmann-Gesellschaft mit beschränkter Haftung und das Selbstkontrahieren ihres geschäftsführenden Alleingesellschafters, Diss., Marburg 1964 (zitiert: Berns, ...)
---	Die Einmann-GmbH und das Selbstkontrahieren ihres geschäftsführenden Gesellschafters, GmbH-Rdsch. 1966, 226-229 (zitiert: Berns, GmbH-Rdsch. 1966, ...)
Blomeyer, Wolfgang,	Die teleologische Korrektur des § 181 BGB, AcP 172 (1972), 1. Heft, März, 1-18; (zitiert: Blomeyer, ...)
---	Anmerkung zu BGH in JZ 1972, 22 ff (zitiert: Blomeyer, JZ 1972 ...)
---	Zur Problematik des § 181 BGB für die Einmann-GmbH, NJW 1969, 127-129 (zitiert: Blomeyer, NJW 1969 ...)
Boehmer, Gustav,	Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung, 2. Buch, 2. Abt., Tübingen 1952 (zitiert: Boehmer ...)

Boehmer, Gustav,	Zum Verhältnis zwischen § 1593 und § 826 BGB, JZ 1962, 731-734 (zitiert: Boehmer, JZ 1962 ...)
Boesebeck, Ernst,	In-sich-Geschäfte des Gesellschafter-Geschäftsführers einer Einmann-GmbH, NJW 1961, 481-485
Boettger, Walter,	Das Selbstkontrahieren des Vertreters, Diss., Marburg 1929
Bosch,	Anmerkung zum Urteil des LG Wiesbaden in FamRZ 1954, 85
Brodmann, Erich,	GmbH und § 181 BGB, JW 1925, 596 (zitiert: Brodmann, JW 1925, 596)
---	Anmerkung zu KG in JW 1930, 1419 f, (zitiert: Brodmann, JW 1930, ...)
Brönner, Herbert,	Die Einmann-Gesellschaft mbH. im Handels- und Steuerrecht, GmbH-Rdsch. 1952, 81-85
Canaris,	Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Berlin, 1964
Dittmar,	Geschäftsführergehalt eines Einmann-Gesellschafters, GmbH-Rdsch. 1958, 153 ff.
Drobnig, Ulrich,	Haftungsdurchgriff bei Kapitalgesellschaften, Frankfurt-Berlin 1959
Enneccerus-Nipperdey,	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl., 1. Bd., 1. Halbband, 1959; 2. Halbband, 1960, Tübingen
Erlinghagen,	Haftungsfragen bei einer unterkapitalisierten GmbH, GmbH-Rdschr. 1962, 169 ff
Erman, Walter,	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., 1. Bd., Münster 1967
Fabricius, Fritz,	Relativität der Rechtsfähigkeit, ein Beitrag zur Theorie und Praxis des privaten Personenrechts, München-Berlin, 1963
Feine, Hans Erich,	Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, in: Handbuch des gesamten Handelsrechts, herausgegeben von Victor Ehrenberg, 3. Bd., III. Abb., Leipzig, 1929

Fischer, Robert,	Anmerkung zu BGHZ 33, 189 bei LM Nr. 8 zu § 181 BGB
Fleck,	Anmerkung zu BGHZ 56, 97 bei LM Nr. 15 zu § 181 BGB
Flume, Werner,	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Bd.: Das Rechtsgeschäft, 1965
Friedländer, Heinrich,	Die Einmanngesellschaft, ZBH 1926, 22-26; 134-139 (zitiert: Friedländer, ZBH 1926, ...)
Geßler, Ernst,	Die Reform des GmbH-Rechts, BB 1969, 589 f
Giesen,	Anmerkung zu BGH in JR 1971, 505 f (zitiert: Giesen, JR 1971 ...)
Grothus, Jost,	Das Selbstkontrahieren des Gesellschafter-Geschäftsführers einer Einmann-GmbH, GmbH-Rdsch. 1958, 17-20
Hachenburg, Max,	Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 5. Aufl., 2. Bd., 1927 (zitiert: Hachenburg, GmbHG, 5. Aufl., § ..., Anm. ...)
---	6. Aufl., 1. Bd. 1956; 2. Bd. Berlin 1959; (bearbeitet von W. Schmidt, W. Schilling, Klug, Goerdeler) (zitiert: Schilling bei Hachenburg, § ... Anm. ...)
---	Anmerkung zu RGZ 109, 77 in JW 1925, 247 (zitiert: Hachenburg, JW 1925, 247)
---	Anmerkung zu RGZ 113, 241 in JW 1926, 1967 f, (zitiert: Hachenburg, JW 1926, ...)
Hammel, Ernst,	Wann wirkt bei der Vertretungsmacht die bloße Überschreitung des zwischen Vertreter und Vertretenem bestehenden Innenverhältnisses auf das Außenverhältnis zwischen Vertretenem und Dritten ein?, JW 1933, 2875-2878
Harder,	Das Selbstkontrahieren mit Hilfe eines Untervertreters, AcP 1970, 295-305
Hesse,	Anmerkung zu RGZ 157, 24 in DJ 1938, 600 f

Hoeniger, H.,	Kann der Generalbevollmächtigte im Namen des Vertretenen für seine eigene Schuld bürgen?, DJZ 1910 Sp. 1347 f
Hueck, Alfred,	Gesellschaftsrecht, 15. Aufl., München 1970
Immenga,	Die personalistische Kapitalgesellschaft, Bad Homburg, 1970 (zitiert: Immenga ...)
---	Konkursanfechtung und Gesellschafterdarlehen, GmbH-Rdsch. 1970, 258-262 (zitiert: Immenga, GmbH-Rdsch. 1970 ...)
Jaeger, Ernst,	Konkursordnung mit Einführungsgesetzen, 8. Aufl., 1. Bd. (bearbeitet von F. Lent), Berlin, 1958
Kamprad, Balduin,	Gesellschafterdarlehen an die GmbH als verdeckte Stammeinlagen, Berlin, 1968
Kohler, Josef,	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1. Halbband, Berlin 1904
Krabbenhöft,	Zur Frage der Eintragungsfähigkeit der Befreiung von der Beschränkung des § 181 BGB beim Geschäftsführer der GmbH, RPfleger 1953 Sp. 216-220
Krause, Hermann,	Anmerkung zu BGHZ 33, 189 in JZ 1961, 632 f
Kuhn, Georg,	Haftungsprobleme bei der GmbH u. Co in Festschrift für Heusinger, 203 ff, München 1968 (zitiert: Kuhn, Haftungsprobleme)
Kuhn, Ottmar,	Strohmanngründung bei Kapitalgesellschaften, Tübingen 1964 (zitiert: Kuhn ...)
Lange, H.,	Schenkungen an beschränkt Geschäftsfähige und § 107 BGB, NJW 1955, 1339
Larenz, Karl,	Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Aufl. 1969 (zitiert: Larenz, Methodenlehre ...)
---	Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 1967 (zitiert: Larenz, A. T. ...)
---	Vertrag und Unrecht, 1. Teil: Vertrag und Vertragsbruch, Hamburg 1936 (zitiert: Larenz, Vertrag und Unrecht ...)

Lehmann, Heinrich,	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 12. Aufl., Berlin 1960 (zitiert: Lehmann, A. T., § ...)
---	Anmerkung zu BayObLG in DNotZ 1952, 163 ff, (zitiert: Lehmann, DNotZ 1952 ...)
---	Anmerkung zu OLG Celle in SJZ 1948, 311 (zitiert: Lehmann, SJZ 1948 ...)
Lehmann-Hübner,	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 15. Aufl., Berlin 1966
Levy, Ernst,	Anmerkung zu RGZ 108, 405 in JW 1925, 240 f
Limbach, Jutta,	Theorie und Wirklichkeit der GmbH, Berlin 1966, Bd. 2
Lübtow, v. Ulrich,	Schenkungen der Eltern an ihre minderjährigen Kinder und der Vorbehalt dinglicher Rechte, Lahr Schwarzwald 1949
---	Insichgeschäfte des Testamentsvollstreckers, JZ 1960, 151-159 (zitiert: v. Lübtow, JZ 1960, ...)
Medicus, Dieter,	Bürgerliches Recht, 5. Aufl. (mit Nachtrag) Köln-Berlin-Bonn-München 1971
Mentzel-Kuhn,	Kommentar zur Konkursordnung, 7. Aufl., 1962
Mestmäcker,	Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre, Karlsruhe, 1958
Molitor,	Die ausländische Regelung der GmbH und die deutsche Reform, Berlin, 1927
Motive,	Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. 1, 1888
Oertmann, Paul,	Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Berlin 1927
Palandt, Otto,	Bürgerliches Gesetzbuch, bearbeitet von Dankelmann/Heinrichs u. a., 30. Aufl., München-Berlin, 1971; 32. Aufl. 1972
Pisko,	Die beschränkte Haftung des Einzelkaufmanns, Grünhuts Zeitschrift 37 (1910), 699

Planck, — Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, herausgegeben von E. Strohal, 1. Bd.: Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Berlin 1913

Plander, Harro, — Die Geschäfte des Gesellschafter-Geschäftsführers der Einmann-GmbH mit sich selbst, Diss., Hamburg 1969 (zitiert: Plander ...)

--- — Insichgeschäfte des Alleingesellschafters, GmbH-Rdsch. 1971, 151 ff (zitiert: Plander, GmbH-Rdsch. 1971 ...)

--- — Die nahen Angehörigen der GmbH, GmbH-Rdsch. 1972, 121 ff (zitiert: Plander, GmbH-Rdschr. 1972 ...)

Pleyer, Klemens, — Zur Haftung der Gesellschafter einer unterkapitalisierten Strohmann-GmbH, GmbH-Rdsch. 1963, 206-208

Predari, — Zwei Fragen aus dem Gebiete des Geschäftsschlusses in sich selbst (§ 181 BGB), Gruch. 63 (1919), 675-694

Protokolle, — Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. 1, 1897; Bd. 2, 1898 (zitiert: Protokolle, Bd. 1 bzw. 2, ...)

Raape, Leo, — § 181 BGB und die Unterhaltspflicht, AcP 140 (1935) 352

Referentenentwurf, — Referentenentwurf eines Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 1969, herausgegeben vom Bundesministerium der Justiz

Reichsgerichtsräte und Bundesrichter, Das Bürgerliche Gesetzbuch, 11. Aufl., 1959 (zitiert: BGB-RGRK, § ..., Anm. ...)

Reinhardt, Rudolf, — Gedanken zum Identitätsproblem bei der Einmanngesellschaft, in Festschrift für H. Lehmann, 2. Bd., Berlin-Tübingen 1956, 576-593 (zitiert: Reinhardt, Identitätsproblem ...)

Richert, — Zur Frage der Eintragungsfähigkeit der Befreiung von der Beschränkung des § 181 BGB beim Geschäftsführer der GmbH, RPfleger 1953 Sp. 214-216

Römer, — Rechtsgeschäfte des Stellvertreters mit sich selbst. Nach römischem und gemeinem deutschen Recht, ZHR 19 (1874), 67-97

Rümelin, Max,	Das Selbstkontrahieren des Stellvertreters nach gemeinem Recht, 1888
Schilling, Wolfgang,	Die Einmanngesellschaft und das Einzelunternehmen, mbH, JZ 1953, 161-167
---	Die "gefährliche" Einmanngesellschaft, JZ 1953, 725 f
Schlegelberger-Vogels,	Erläuterungswerk zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, Berlin 1939
Schlüter, Franz,	Das Selbstkontrahieren (Insichgeschäft nach § 181 BGB) bei der Umschreibung von Schutzrechten, GRUR 1953, 470-475
Schmidt, Wilhelm,	Die Bedeutung des § 181 BGB für das Handelsgesellschaftsrecht, Diss., Köln 1934
Schneebeli, Max,	Die Einmanngesellschaft (One Man Company), Diss., Zürich 1934
Scholz, Franz,	Kommentar zum GmbH-Gesetz, 5. Aufl., Köln 1964 (unveränderter Nachdruck der 4. Aufl., 1960, mit Nachtrag) (zitiert: Scholz, GmbHG, § ... Rn ...)
---	Kann eine GmbH im Angehörigenverhältnis zu ihren Gesellschaftern stehen, JW 1935, 1523 (zitiert: Scholz, JW 1935 ...)
Serick, Rolf,	Rechtsform und Realität juristischer Personen, Tübingen, 1955
Siemes, Hans-Dieter,	Das Verbot der Insichgeschäfte im heutigen deutschen Recht, Diss., Köln 1964
Soergel-Siebert,	Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetzen und Nebengesetzen, 1. Bd., 10. Aufl., 1967; 4. Bd., 9. Aufl., 1963 Stuttgart
Staudinger, v. J.,	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 1. Bd.: Allgemeiner Teil, 11. Aufl., 1957; 4. Bd.: Familienrecht, Teil 3 a, 10./11. Aufl., 1966
Teichmann-Koehler,	Aktiengesetz, 3. Aufl., Berlin 1950

Tröster, Heinz,	Die Einmann-GmbH, Ein Beitrag zur Lehre von der Relativität der Rechtsfähigkeit, Diss., Erlangen-Nürnberg, 1971
Weber, Oskar,	Anmerkung zu BayObLG in DNotZ 1952, 172-175
Westermann, Harry,	Lehrbuch des Sachenrechts, 5. Aufl., Karlsruhe 1966
Wieland, Karl,	Handelsrecht, Bd. 2: Die Kapitalgesellschaften, München 1931
Winkler,	Insichgeschäfte des Gesellschafter-Geschäftsführers einer Einmann-GmbH, DNotZ 1970, 476 ff (zitiert: Winkler, DNotZ 1970 ...)
---	Anmerkung zu BGHZ 56, 97 ff in NJW 1971, 1355
Wolff, Martin,	Sachenrecht, Ein Lehrbuch von -, 1. Aufl., Marburg 1910; 10. Bearbeitung von L. Raiser, Tübingen, 1957
Zöllner, Wolfgang,	Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, München-Berlin, 1963

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a. A.	anderer Ansicht
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Bd., Jahr u. Seite)
AktG	Aktiengesetz
AnfG	Gesetz betreffend die Anflechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens (Anfechtungsgesetz)
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
A. T.	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
bes.	besonders
BB	Der Betriebs-Berater (Jahr u. Seite)
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGB-RGRK	Reichsgerichtsräte und Bundesrichter (Hrsg.), Kommentar zum BGB, 11. Aufl. 1959 ff
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (Bd. u. Seite)
Diss.	Dissertation
DJ	Deutsche Justiz (Jahr u. Seite)
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung (Jahr u. Spalte)
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift (Jahr u. Seite)
DR	Deutsches Recht (Jahr u. Seite)
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (Jahr u. Seite)
FN	Fußnote
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbH-Rdsch.	GmbH-Rundschau (Jahr u. Seite)
Gruch.	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von J. A. Gruchot (Bd., Jahr u. Seite)
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Jahr u. Seite)
i. d. R.	in der Regel

i. S. d.	im Sinne des
JFG	Jahrbuch für Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts (Bd. u. Seite)
JR	Juristische Rundschau (Jahr u. Seite)
JW	Juristische Wochenschrift (Jahr u. Seite)
JZ	Juristenzeitung (Jahr u. Seite)
KG	Kammergericht
KO	Konkursordnung
LG	Landgericht
LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs, begründet von Lindenmaier und Möhring
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Jahr u. Seite)
mitget.	mitgeteilt
Mot.	Motive
m. w.	mit weiteren (Nachweisen)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Jahr u. Seite)
Nr.	Nummer
OLG	Oberlandesgericht
OLGE	Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts (Bd. u. Seite)
Recht	Das Recht (Jahr u. Seite)
RefE	Referentenentwurf eines Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haftung, herausgegeben vom Bundesministerium der Justiz, Köln 1969
RG	Reichsgericht
RGZ	Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Band u. Seite)
Rn.	Randnote
Rpfleger	Der deutsche Rechtspfleger (Jahr u. Spalte)
S.	Seite
SeuffA	J. A. Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten (Bd. u. Nr. der Entscheidung)
SJZ	Süddeutsche Juristen-Zeitung (Jahr u. Seite)
s. o.	siehe oben
Sp.	Spalte
usw.	und so weiter
vgl.	vergleiche

Warn. Rspr.	Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts. Hrsg. Otto Warneyer (Jahr u. Nr. der Entscheidung)
ZBH	Zentralblatt für Handelsrecht (Jahr u. Seite)
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht (Bd. u. Seite)
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZS	Zivilsenat

EINLEITUNG

Der Wortlaut des § 181 BGB läßt Insichgeschäfte des Vertreters nur zu, wenn ihm das Selbstkontrahieren vom Vertretenen eigens gestattet wurde, oder wenn sie in Erfüllung einer Verbindlichkeit erfolgen. Die Rechtsprechung des RG [1] hatte die Norm als formale Ordnungsvorschrift behandelt und ihrer wörtlichen Befolgung ohne Ausnahme den Vorzug gegeben vor Bestrebungen der Literatur, [2] eine zweckorientierte Handhabung des § 181 BGB durchzusetzen. Der BGH [3] setzte zunächst diese Tradition fort und wandte § 181 demgemäß auch auf Insichgeschäfte des Alleingesellschafters mit seiner Einmanngesellschaft an. [4] Offenbar befürchtete er, daß bei einem Verzicht auf die Anwendung dieser Vorschrift in solchen Fällen die Gesellschaftsgläubiger Manipulationen des Alleingesellschafters durch Vermögensverschiebungen fast hilflos ausgesetzt seien. Er gab aber dem Drängen der eine Reduktion des § 181 BGB befürwortenden Literatur insoweit nach, als er dem Alleingesellschafter eine Befreiung vom Verbot des § 181 BGB durch satzungsändernden Beschluß konzedierte. [5]

Ein neues Verständnis der Schutzfunktionen des § 181 BGB stellte sich in der höchstrichterlichen Rechtsprechung [6] ein, als es der Literatur [7] in einigen Abhandlungen gelungen war, das Zusammenwirken der Tatbestandsmerkmale des § 181 BGB und dessen Normzwecke einsichtig zu machen. Danach dient die Norm in erster Linie dem Schutz des Vertretenen, der Insichgeschäfte und damit Interessenkonflikte seines Vertreters nur nach ausdrücklicher Gestattung gewärtigen muß. Daneben steht der Zweck, dem Rechtsverkehr die Nachprüfung von Konfliktsfällen zu ersparen. Dieser Schutz wird dadurch bewirkt, daß die inhalt-

---

1) vgl. RGZ 68, 172 ff und bes. RGZ 103, 417, 418 = JW 1922, 901

2) vgl. die Hinweise im folgenden S. 18 f

3) BGHZ 33, 189 = JZ 1961, 631 f (Krause) = NJW 1960, 2285

4) Die Literatur hatte eine Reduktion des § 181 BGB seit langem auch für Schenkungen der Eltern an ihre unmündigen Kinder gefordert, vgl. unten S. 77 ff

5) BGHZ 33, 189

6) BGHZ 56, 97 ff = NJW 1971, 1355 (Winkler) = GmbH-Rdsch. 1971, 154 (Plander) = JR 1971, 503 (Giesen) und BGH WM 1972, 1275 = BGHZ 59, 236

7) dazu insbes. die grundlegende Arbeit Planders, 39 ff; vgl. aber auch Aigner, 64 ff; Berns, 89 ff und GmbH-Rdsch. 1966, 228 f; Blomeyer, NJW 1969, 128; Boesebeck, NJW 1961, 484; Siemes, 88 ff; differenzierend Grothus, GmbH-Rdsch. 1958, 17 ff.

liche Gültigkeit der Insichgeschäfte nach erfolgter Gestattung eindeutig feststeht und nicht von einer Interessenbeurteilung im Einzelfalle abhängig ist.
Diese beiden Normzwecke werden von solchen Geschäften des Vertreters nicht tangiert, bei denen ein Interessengegensatz von vornherein ausgeschlossen ist. Das gilt für Schenkungen der Eltern an ihre unmündigen oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Kinder, wie überhaupt für alle Rechtsgeschäfte des Vertreters, durch die der Vertretene lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt. Hier handelt es sich nach der Auffassung des BGH [8] um abgegrenzte Fallgruppen, deren Unterstellung unter das Selbstkontrahierungsverbot den Normzwecken des § 181 BGB geradezu zuwiderliefe. Dieselbe Folgerung zieht er für Insichgeschäfte des Alleingesellschafters mit seiner Gesellschaft. [9] Da die Interessen der Gesellschaft mit denen des Gesellschafters identisch seien, sei ein Interessenkonflikt nicht denkbar, so daß auch für diesen Bereich § 181 BGB außer Betracht bleiben könne.
Gegen diesen Rechtsprechungswandel haben sich aber auch bereits einige kritische Stimmen gewandt, [10] die vor einer erhöhten Gefährdung, insbesondere der Gesellschaftsgläubiger, durch Vermögensverschiebungen des Alleingesellschafters warnen. Diese Bedenken machen es notwendig zu prüfen, ob die Prämissen der veränderten Haltung des BGH zutreffen und ausreichen, oder ob etwa übergeordnete Prinzipien doch die Beibehaltung der älteren, wortgetreuen Interpretation des § 181 nahelegen.
Da von den genannten Rechtsgeschäften die Insichgeschäfte des Alleingesellschafters sowohl der Zahl als auch der wirtschaftlichen Bedeutung nach die größte Rolle spielen, [11] soll im folgenden zunächst vor ihrem Hintergrund geprüft werden, ob § 181 BGB den Schutz des Rechtsverkehrs vor Vermögensverschiebungen bewirken kann. Die Gefahren der Einmanngesellschaft rühren daher, daß Gesellschafter und Gesellschaft wirtschaftlich identisch sind, beide aber nach außen, namentlich in Bezug auf die Haftung gegenüber Dritten, mit getrennten Vermögensmassen in Erscheinung treten. Die Zulassung der Einmanngesellschaft darf aber keine zusätzliche Gläubigergefährdung zur Folge haben, vor allem dann nicht, wenn man gerade bemüht ist, die Risikoabgrenzung im GmbH-Recht zu Lasten des Gesellschafters neu zu formulieren. [12] Danach ist zu unter-

---

8) WM 1972, 1275 = BGHZ 59, 236
9) BGHZ 56, 97 ff (diese Entscheidung wird im folgenden nur mit "BGH unter ..." zitiert)
10) Giesen, Anm. zum Urteil des BGH vom 19. 4. 1971, JR 1971, 505 f; Winkler, DNotZ 1970, 476 ff und NJW 1971, 1355
11) Limbach, 42 ff nennt ein Zahlenbeispiel für die Verbreitung der Einmann-GmbH; vgl. auch die Angaben von Tröster, 5 f
12) vgl. dazu näher unten S. 52 ff

suchen, inwieweit die Aufrechterhaltung des Selbstkontrahierungsverbotes bei der Einmann-GmbH dem Gebot der Kapitalsicherung und Kapitalerhaltung [13] dienlich sein kann. Dabei ist zu berücksichtigen, daß das formal verstandene Selbstkontrahierungsverbot nach bisheriger Praxis durch Einschaltung von Unterbevollmächtigten umgangen werden konnte. [14] Betont man die Normzwecke des § 181 BGB, so wird auch die Zulässigkeit solcher Umgehungen an den Normzwecken zu messen sein.
Schließlich nötigt der materielle Neuansatz des BGH zu einer Überprüfung einiger der wichtigsten potentiellen Anwendungsbereiche des § 181 BGB; seine legitime Funktion bei einer Einmann-GmbH mit einem im Handelsregister eingetragenen Dritt-Geschäftsführer und bei der Mehrpersonengesellschaft. Die Betonung des einen oder anderen Normzweckes führt auch zu unterschiedlichen Ergebnissen bei der Frage, ob dem gesetzlichen Vertreter Schenkungen an den geschäftsunfähigen Mündel durch Insichgeschäft erlaubt sein sollen, ferner bei rechtlich lediglich vorteilhaften Insichgeschäften des Vertreters allgemein, bei den Interzessionsgeschäften und bei Zustimmungsgeschäften des Vertreters gegenüber Dritten.

Zur Geschichte der Auslegung des § 181 BGB durch die Rechtsprechung bezüglich der Einmanngesellschaft.

Das Selbstkontrahierungsverbot des § 181 BGB hat eine wechselhafte Auslegungsgeschichte innerhalb der Rechtsprechung hinter sich, die sich von einer anfänglichen Betonung des Vertretenenschutzes und des Schutzes der Rechtssicherheit [15] schnell zu einem diminuierenden Verständnis als bloßem Formverbot entwickelte, [16] das den Großteil der Entscheidungen bestimmte, [17] um dann zu dem materiellen Schutzgehalt für die Vertragsbeteiligten und den Rechtsverkehr zurückzukehren. [18] Die Rechtsprechung ist gekennzeichnet durch das Hervorheben einzelner tatsächlich oder nur vermeintlich intendierter Anliegen des § 181 BGB, meist der Formalisierung, ohne daß weder von der Rechtsprechung noch von der Literatur eine gründliche Auseinandersetzung mit seinen Tatbestandselementen

13) vgl. §§ 30, 31 GmbHG
14) zuletzt BGHZ 49, 117 = NJW 68, 398; BGHZ 56, 97 ff unter 2 deutet die Bestellung eines Untervertreters als Umgehungsgeschäft und kündigt damit wohl für die Zukunft die Nichtigkeitssanktion für solche Geschäfte an.
15) RGZ 68, 172 ff
16) vgl. bes. RGZ 103, 417, 418 = JW 1922, 901
17) zurückhaltend nur RG JW 1934, 974
18) BGH mit Urteil vom 19.4.1971 und BGH, WM 1972, 1275 = BGHZ 59, 236

unternommen worden wäre. [19] Dabei hatten die Protokolle [20] der 2. Kommission die angestrebte Schutzrichtung gewiesen, indem sie ausdrücklich erklärten, von der generellen Zulassung des Selbstkontrahierens aus Bestrebungen zum Schutz des Vertretenen abgewichen zu sein, in der Formalisierung aber das Mittel sahen, gleichzeitig mit dem Vertretenenschutz das Schutzbedürfnis des Rechtsverkehrs an klar erkennbaren und nachprüfbaren Rechtsgeschäften zu verbinden. Die zur Zeit der Geltung des gemeinen Rechts aufgetretenen rechtsdogmatischen Bedenken wegen des Selbstkontrahierens aus dem Wesen der Stellvertretung und dem Begriff des Vertrages [21] wurden von der Rechtsprechung [22] zunächst nicht geteilt. Sie sah in § 181 BGB eine Einschränkung der sonst Insichgeschäfte umfassenden Vertretungsmacht. [23] Demgegenüber wird in der Literatur bis heute vertreten, die Zulässigkeit des Selbstkontrahierens ergäbe sich nicht mit Selbstverständlichkeit aus der Anerkennung der direkten Stellvertretung, entscheidend hierfür sei die Gestattung durch das Gesetz. [24] Eine der ersten Entscheidungen des RG, [25] die sich näher mit der Auslegung des § 181 BGB beschäftigte, stellte den Vertretenenschutz in den Vordergrund, hielt aber das Selbstkontrahieren im Interesse der Verkehrssicherheit für verboten, falls nicht einer der beiden Ausnahmefälle vorläge [26] und bestätigte dieses Verbot auch für den Alleingesellschafter, [27] der sich das Selbstkontrahieren auch nicht im Namen der Einmann-GmbH gestatten könne. Unter dem Eindruck der dagegen in der Literatur [28] geäußerten Kritik, löste sich die Rechtsprechung von den gesetzgeberischen Motiven.

Das positivistische Denken des RG hat die formale Ausgestaltung des § 181 BGB bereitwillig zum Anlaß genommen, materielle Überlegungen zurückzustellen und bei formalistischen Begründungen Zuflucht zu suchen. § 181 BGB beabsichtige nur, den aus dem Wesen der Willenserklärung sich ergebenden Zweifel zu

---

19) die erste in dieser Hinsicht konstruktive Arbeit stammt von Plander
20) Bd. 1, 174 f
21) Plander, 29; Siemes, 4 jeweils m. w. Nachweisen
22) vgl. RGZ 68, 172 ff
23) so RGZ 6, 11 ff; 7, 119 ff im Anschluß an Römer, ZHR 19, 67 ff
24) vgl. früher Brodmann JW 1930, 1419; Kohler I, 497; heute Flume A. T., 816
25) RGZ 56, 104 und 68, 172 ff
26) RGZ 68, 172, 176
27) allerdings nur wegen der künftigen Erwerber von Gesellschaftsanteilen
28) dazu die Nachweise bei Plander, 5 FN 27-30

lösen, ob und inwieweit Erklärungen eines Vertreters an sich selbst rechtswirksam seien. [29] Etwas später meinte es, [30] nicht das Vorhandensein von widerstreitenden Interessen hindere die volle Wirksamkeit des Vertrages, sondern lediglich der Umstand, daß verschiedene und einander entgegenstehende Interessen der Vertragsschließenden bei dem Vertragsschlusse einen und denselben Vertreter gefunden hätten. Diese Rechtsprechung sah den Zweck des Gesetzes nicht mehr im Schutz des Vertretenen vor Vermögensschädigungen durch den Interessenkonflikt des Vertreters, sondern in der bloßen Ausschaltung juristisch konstruktiver Zweifel. [31]

Untrennbar einher mit dieser formalistischen Auffassung ging die Auffindung von Umwegen, die unter Einschaltung von Unterbevollmächtigten, die diskriminierte Vertretung mehrerer Interessen in einer Person vermeiden. Kam es nicht darauf an, den Erfolg von Insichgeschäften wegen der Interessengefährdung des Vertretenen zu verhindern, sondern das Zustandekommen des Rechtsgeschäftes allein in der Person des Vertreters zu unterbinden, so mußte es erwünscht sein, das anstößige Selbstkontrahieren [32] durch Mitwirkung von Untervertretern zu ersetzen. Die Verwirrung der Standpunkte wurde durch den Einwand der Rechtsprechung [33] begünstigt, für die Anwendung des § 181 BGB sei unerheblich, ob im Einzelfall die Gefahr eines Mißbrauchs der Vertretungsmacht bestehe, ein Interessenkonflikt sei weder ausreichend noch erforderlich.

Als weitere Reaktion auf die ablehnenden Stellungnahmen der Literatur [34] zu dem Verbot des Selbstkontrahierens für den Alleingesellschafter, konzedierte das KG [35] für den Gesellschafter-Geschäftsführer eine Befreiung vom Verbot des § 181 BGB durch generelle Ermächtigung im Gesellschaftsvertrag oder durch generellen Gesellschaftsbeschluß, während die Literatur [36] eine Befreiung im Einzelfall verteidigte. Der BGH bekräftigte zunächst [37] die Befreiung von dem Selbstkontrahierungsverbot nur durch den Gesellschaftsvertrag oder einen im Handelsregister nicht ersichtlichen satzungsändernden Beschluß, er empfahl aber die

---

29) RGZ 103, 417, 418
30) RGZ 108, 405 ff
31) Levy JW 1925, 240
32) vgl. BGHZ 33, 189
33) vgl. die umfangreichen Nachweise bei Plander, 41 FN 253, 254
34) Nachweise unter FN 28
35) KG DNotZ 1925, 55 f Nr. 4; KG Recht 1929, 135 Nr. 524
36) Hachenburg, GmbHG, 5. Aufl. § 36 Anm. 13a und JW 1925, 247
37) BGHZ 33, 189

ad hoc Bestellung eines Substituten oder Unterbevollmächtigten [38] für ein Einzelgeschäft. Da er gleichzeitig die erhebliche Gefährdung des Vertretenen und der Rechtssicherheit durch Insichgeschäfte anerkannte, trat die Paradoxie ein, daß der BGH einerseits den Schutzgehalt des § 181 BGB treffend hervorhob, die von ihm selbst gewiesenen Umgehungen aber praktisch jede Schutzvorkehrung aushöhlten. Diese Widersprüchlichkeit mußte in einer neuen Entscheidung in dem einen oder anderen Sinne geklärt werden.

Ähnlich uneinheitlich und verworren erweisen sich die Antworten in Rechtsprechung und Literatur auf die Frage der Erkennbarkeit von Insichgeschäften nach außen. Die 2. Kommission hat sich mit der Kundmachung des im Wege des Insichgeschäfts abgeschlossenen Rechtsgeschäfte offenbar nicht beschäftigt. [39] Während in der Rechtsprechung und vorherrschenden Literaturmeinung eine Manifestation des Geschäftswillens aus Gründen der Verkehrssicherheit anerkannt wird und Differenzierungen nur hinsichtlich der tatsächlichen Kenntnisnahme bestehen, [40] versteht ein Teil der Literatur die Kundgabe des Willens nur als allgemeines Erfordernis eines jeden Rechtsgeschäfts, ohne die Verkehrssicherheit zu erwähnen.

---

38) vgl. dazu BGHZ 49, 117 = NJW 68, 398, der zur Ausführung eines Gesellschafterbeschlusses die Einschaltung eines "Dritten" empfiehlt. Zwar bezieht sich dieses Urteil nur auf § 55 GmbHG, die Entscheidungsgründe lassen aber nicht erkennen, daß sich die Umgehung auf diesen Fall beschränken soll. Vgl. hierzu auch Blomeyer, NJW 1969, 127 ff und die Anmerkung von Fleck, LM Nr. 15 zu § 181 BGB

39) Protokolle Bd. 1, 174 f; Bd. 2, 73 ff, mitget. in RGZ 56, 104, 106

40) Die Mehrzahl der Entscheidungen und Stimmen aus der Literatur lassen es ausreichen, daß der Kundgabeakt erfolgte, auch wenn er vom Selbstkontrahenten auf unkontrollierbare Weise wieder rückgängig gemacht werden kann, vgl. RGZ 99, 208, 210; Enneccerus-Nipperdey, § 181 II 5 FN 15, 1111; Flume, § 48, 1 (810); a. A. Coing bei Staudinger, § 181 Rn. 21; Siemes, 11

TEIL 1

A. DIE NORMZWECKE DES § 181 BGB UND DIE TELEOLOGISCHE REDUKTION DER VORSCHRIFT

I. DIE TELEOLOGISCHE REDUKTION BEI DER EINMANN-GmbH ALS PROBLEM DER RECHTSSICHERHEIT, SOWEIT DIE INHALTLICHE GÜLTIGKEIT DER INSICHGESCHÄFTE BETROFFEN IST

1. Übersicht über den Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur

Bis zum Urteil des BGH vom 19.4.1971 hatte die Rechtsprechung [41] mit wenigen Ausnahmen [42] geglaubt, sich der Rechtssicherheit wegen streng an die formelle Ausgestaltung des § 181 BGB halten zu müssen und nur darauf geachtet, ob dem Insichgeschäft eine Gestattung zugrundelag, [43] den Einwand, es fehle an einem Interessenwiderstreit, aber nicht gehört. Dieser vom RG begründeten Rechtsprechung stimmte ein Teil der Literatur [44] zu, andere glaubten, allerdings ohne auf die Bedeutung und Schutzrichtung der Formalisierung des § 181 BGB einzugehen, bei Insichgeschäften des Alleingesellschafters regelmäßig eine Gestattung annehmen zu können [45] oder man sah in § 181 BGB eine strikte sachliche Ordnungsvorschrift, deren wortgetreue Anwendung aber der Verkehrsüblichkeit und allgemeinen Sitte widerspreche. [46]

In neuerer Zeit war die Auffassung des BGH in BGHZ 33, 189, wo die Anwendung des § 181 BGB auf den Einmanngesellschafter zuletzt bestätigt wurde, in der

---

41) RGZ 68, 172 ff; 85, 380 ff; 103, 418 ff; 104, 405 ff; 157, 24 ff; BGHZ 21, 230 ff = NJW 1956, 1433; 33, 189 = NJW 1960, 2285 = JZ 1961, 974 f; OLG München NJW 1968, 2109

42) RGZ 109, 77 ff = JW 1925, 247 ließ die Richtigkeit des in RGZ 68, 172 ff Ausgeführten dahingestellt, das Urteil des RG vom 1.12.33, JW 1934, 974 f bedeutete wohl eine Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung - vgl. dazu Boesebeck, 482; Schultze-v. Lasaulx bei Soergel-Siebert, § 181 Rn 19, 38

43) oder es in "Erfüllung einer Verbindlichkeit" erfolgte

44) Brodmann, GmbHG, § 2 Anm. 89, § 36 Anm. 5a; Predari, 684 f; Teichmann-Koehler, § 71 Anm. 26

45) Friedländer, ZBH 1926, 25; Schneebeli, 122

46) Boehmer, 46 f

Literatur, [47] mit wenigen Ausnahmen, [48] die mit der auch vom BGH [49] konstatierten zunehmenden Erleichterung von Manipulationen [50] begründet wurden, auf Ablehnung gestoßen. Der primäre Normzweck des § 181 BGB ziele darauf ab, Interessenkonflikte in der Person des Vertreters zu vermeiden, weil sich daraus leicht Vermögensschädigungen für den Vertretenen ergäben. Da aber der Alleingesellschafter und die Einmann-GmbH wirtschaftlich identisch seien, sei ein Interessenkonflikt in diesem Bereich nicht denkbar, so daß damit das Schutzbedürfnis des Vertretenen entfalle. Auch der von der Norm mitbezweckte Schutz des Rechtsverkehrs stehe einer Reduktion nicht entgegen, weil der mit ihm allein verfolgte Nachweis der inhaltlichen Gültigkeit der Insichgeschäfte bei der Einmanngesellschaft nicht in Frage stehe. [51]

2. Der unterschiedliche Schutzumfang des Rechtsverkehrs in Literatur und Rechtsprechung

Die Frage, ob § 181 BGB auf die Einmann-GmbH anzuwenden ist, hängt zunächst von der Reichweite des Verkehrsschutzes durch die Formalisierung ab. Im Anschluß an die 2. Kommission, [52] die einen Antrag ablehnte, der die Gültigkeit von Insichgeschäften davon abhängig gemacht hatte, ob der Vertreter die ihm obliegende Fürsorge für den Vollmachtgeber erfüllte, sehen der BGH [53] und ein Teil der Literatur die Gefährdung der Rechtssicherheit in der Unbestimmtheit und Unerkennbarkeit des regelmäßig vorliegenden Interessenkonfliktes für Dritte. [54] Aus diesem Grunde sei § 181 BGB grundsätzlich seinem Wortlaut gemäß auszulegen. Wo aber, wie bei Insichgeschäften des Alleingesellschafters mit seiner Einmann-GmbH ein Interessenwiderstreit bei einer ganzen Fallgruppe ent-

---

47) Aigner, 64 ff; Berns, 89 ff und GmbH-Rdsch. 1966, 228 f; Blomeyer, 6; NJW 1969, 128 und JZ 1972, 22 ff; Boesebeck, 484; Plander, 34 ff und GmbH-Rdsch. 1971, 151 ff; Siemes, 87 ff; Tröster, 68; Zöllner, 186 f

48) Giesen JR 1971, 505 f; Winkler DNotZ 1970, 476 ff und NJW 1971, 1355

49) BGH unter 4

50) Winkler, DNotZ, 482

51) vgl. die unter FN 47 genannten Autoren

52) Protokolle Bd. 1, 174 f

53) BGH unter 3a

54) Aigner, 65 f; Berns, 89 f und GmbH-Rdsch. 1966, 228 f; Boesebeck, 484; Zöllner, 186

falle, werde die Rechtssicherheit nicht beeinträchtigt, [55] weil für Dritte die Gültigkeit der Geschäfte objektiv feststellbar sei.

Die heute vorherrschende Meinung in der Literatur beschränkt den mit § 181 BGB erstrebten Schutzbereich der Rechtssicherheit auf die "Erleichterung der Erkennbarkeit und der Nachweisbarkeit der Gültigkeit von Rechtsgeschäften". [56] Die formale Ausgestaltung der Norm, die nur auf den äußeren Tatbestand des Vorliegens eines Insichtgeschäftes abstellt, ohne eine nur in seltenen Fällen feststellbare Interessenverletzung im Einzelfall nachzuprüfen, will nach ihrer Auffassung nur der Rechtsunsicherheit vorbeugen, die sich sowohl für die Vertragspartner des Insichgeschäfts, als auch für Dritte ergibt, sobald die Gültigkeit des Geschäfts von dem Nachweis abhängig gemacht wird, daß der Vertreter die Interessen des Vertretenen nicht verletzt hat, das Geschäft vielmehr der dem Vertreter obliegenden Fürsorge entspricht. Anders als bei dem unbestimmten Merkmal der Fürsorge, wo die Gültigkeit jedes einzelnen Insichgeschäftes von einer Wertung abhängt, die individuell verschieden ausfallen kann, und demzufolge der Nachweis der Interessenverletzung durch den Vertreter nur in den offensichtlichen Mißbrauchsfällen möglich ist, knüpft die jetzige Fassung des § 181 BGB die Gültigkeit an objektiv feststellbare Voraussetzungen. Daraus folgt allgemein, daß die Rechtssicherheit dann nicht verletzt werden kann, wenn in einem ganzen Rechtsbereich ein Interessenwiderstreit nicht besteht und damit eine Interessenverletzung nicht denkbar ist, oder wenn in einer ganzen Fallgruppe nur gleichartige Rechtsgeschäfte in Betracht kommen, bei denen ein Interessenkonflikt nicht möglich ist. [57] Konsequent folgert Blomeyer, [58] daß das Schutzbedürfnis der Gesellschaftsgläubiger die Anwendung des § 181 BGB auf die Einmanngesellschaft nicht erfordere. Da die Interessen der GmbH mit denen des Alleingesellschafters auf Grund der einheitlichen Willensbildung identisch sind, kann es zu einem Interessenkonflikt zwischen beiden nicht kommen. § 181 BGB sei "Bestandteil der allgemeinen Vertretungsvorschriften des BGB" und bezwecke daher nicht, die Gesellschaftsgläubiger vor der Gefahr durch Verschiebung von Vermögenswerten zu schützen.

Wenn Giesen [59] in seiner Anmerkung zum Urteil des BGH vom 19.4.1971 meint, das Schutzbedürfnis der Gesellschaftsgläubiger entbände nur dann von einer Anwendung des § 181 BGB auf die Einmanngesellschaft, wenn man in § 181 BGB allein eine Schutznorm zugunsten des Vertretenen sehe, so tritt damit die feh-

---

55) zusätzlich zu den Autoren bei FN 54, Plander, 35 ff; Siemes, 89 ff

56) Blomeyer, 6; Plander, 43 ff; Siemes, 11

57) Aigner, 65; Siemes, 15 ff

58) S. 5

59) JR 1971, 506

lende Differenzierung der möglichen Schutzbereiche der Rechtssicherheit zutage. Es ist durchaus vereinbar, in § 181 BGB sowohl den Vertretenen als auch die Rechtssicherheit geschützt zu sehen, ohne daß sich daraus zwangsläufig für die Gesellschaftsgläubiger ein Schutz gegen Manipulationen mit Vermögensgegenständen ergäbe, dann nämlich, wenn man die Rechtssicherheit durch § 181 BGB nur insoweit gewahrt glaubt, als sie den objektiven Nachweis der Gültigkeit von Insichgeschäften sichert. Der BGH [60] sieht im Anschluß an die bisherige Rechtsprechung [61] die Aufgabe der durch die Formalisierung mitbezweckten Rechtssicherheit sowohl in der objektiven und einwandfreien Feststellung der Gültigkeit von Insichgeschäften als auch darin, ein Verschieben von Vermögenswerten zu verhindern. [62] Die Formalisierung der Gültigkeitsvoraussetzungen der Insichgeschäfte dient neben dem primär angestrebten Vertretenenschutz gleichzeitig auch der Rechtssicherheit. [63] Von dem Grundsatz, daß die Rechtssicherheit durch die teleologische Reduktion nicht beeinträchtigt werden darf, [64] scheint sich auch der BGB leiten zu lassen, wenn er die Reduktion auf einen Bereich beschränken will, wo nach der Rechts- und Interessenlage "die Zielsetzung des § 181 BGB niemals zum Zuge kommen kann". Diese Voraussetzung hält er für gegeben, wenn, wie bei der Einmann-GmbH, in einem ganzen abgegrenzten Rechtsbereich ein Interessenkonflikt im Einzelfall nicht möglich ist.

Der BGH ist mißverständlich, wenn er einmal eine "in sich geschlossene Fallgruppe", dann einen "ganzen, in sich abgegrenzten Rechtsbereich" vom Anwendungsbereich des § 181 BGB ausnehmen will. Das Letztere spricht in Bezug auf die ergangene Entscheidung zur Einmanngesellschaft dafür, daß in dem ganzen Rechtsbereich Insichgeschäfte einheitlich gültig sein müssen. Verlangt man nur das Vorliegen einer abgeschlossenen Fallgruppe, d. h. Geschäfte eines einheitlichen Typs, so entfällt eine Einzelfallprüfung nur, wenn kraft Gesetzes in einem Bereich nur ein bestimmter Geschäftstyp in Frage kommen kann. [65] Sieht man diese Ausführungen in Bezug auf die Einmann-GmbH, so wird klar, daß der BGH eine teleologische Reduktion des § 181 BGB nur zulassen wollte, wenn in einem

---

60) BGH unter 4

61) sowohl der des RG als auch der des BGH, vgl. RGZ 68, 172 ff und BGHZ 33, 189 ff

62) ebenso Giesen, JR 1971, 505 f; Winkler DNotZ 1970, 476 ff und NJW 1971, 1356

63) BGH unter 3a

64) Blomeyer, 3; Canaris, 192; Larenz, Methodenlehre, 370

65) Schenkungen der Eltern durch Insichgeschäft an ihre geschäftsunfähigen Kinder

abgegrenzten Rechtsbereich ein Interessenwiderstreit nicht besteht. [66] Das Urteil enthält aber einen anderen Widerspruch, der sich nicht ausgleichen läßt. Im Zusammenhang mit dem Schutz der Gesellschaftsgläubiger betont der BGH, [67] daß die Sicherung des Rechtsverkehrs den Gläubigerschutz jedenfalls einschließe. Dabei bezieht er diesen Schutz auf die Gefahr, die sich durch Verschieben von Vermögenswerten für die Gesellschaftsgläubiger ergibt. Die Reduktion des § 181 BGB werde aber dadurch nicht gehindert, weil sie Anwendung des § 181 BGB auf die Einmanngesellschaft, wegen der Möglichkeit, die Norm durch Bestellung eines Geschäftsführers zu umgehen, [68] keine wesentliche Bedeutung habe. Wenn er demgegenüber zuvor ausführt, im Bereich der Einmanngesellschaft könne die Zielsetzung des § 181 BGB niemals zum Zuge kommen, so reduziert er die Funktion der Rechtssicherheit stillschweigend auf die objektive Nachweisbarkeit der Gültigkeit von Insichgeschäften.

Mit den noch in BGHZ 33, 189 vordringlichen Fragen nach der Rechtsnatur der Beschlüsse des Alleingesellschafters und der Ermächtigung zum Selbstkontrahieren brauchte sich der BGH nicht mehr auseinanderzusetzen. Da nach seiner Ansicht ein Verstoß des Alleingesellschafters gegen das Verbot des Selbstkontrahierens nicht vorliegt, brauchte nicht mehr geklärt zu werden, ob der Gesellschafter sich das Selbstkontrahieren durch einfachen Beschluß nach § 47 GmbHG oder nur durch Satzungsänderung nach § 53 GmbHG gestatten kann. [69]

3. Die Bedeutung der Erleichterung der Nachprüfbarkeit von Insichgeschäften für Dritte

Weiter soll die Reduktion des § 181 BGB bei der Einmanngesellschaft deshalb naheliegen, weil seine Formalisierung über die objektive Nachweisbarkeit der Gültigkeit der Insichgeschäfte hinaus, Prüfung und Nachweis der Gültigkeit die-

---

66) Der BGH spricht neuerdings schon bei solchen Insichgeschäften von einer abgegrenzten Fallgruppe, wenn bei interessendivergierenden Partnern im Einzelfall ein Interessenkonflikt nicht besteht, vgl. BGH WM 1972, 1275 = BGHZ 59, 236

67) unter 4

68) der BGH erwähnt noch die Möglichkeit der Satzungsänderung

69) ausführlich dazu BGHZ 33, 189; Aigner, 5 ff; Plander, 13 ff; Tröster, 66 ff; Winkler DNotZ 1970, 486 f jeweils m. w. Nachweisen

ser Geschäfte für Dritte erleichtere. [70] Ausgehend von der Anwendung des § 181 BGB auf die Einmann-Gesellschaft als Maßstab, mußten Dritte damit rechnen, daß der Alleingesellschafter schon durch den Gesellschaftsvertrag von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit worden war, oder er sich nachträglich die Vornahme von Insichgeschäften durch Satzungsänderung gestattete. Die Befreiung von dem Verbot des § 181 BGB wird zwar nicht im Handelsregister eingetragen und nicht öffentlich bekannt gemacht, [71] aber sie ist aus den Registerakten ersichtlich, in die auch Dritte Einblick nehmen können (§ 9 Abs. I HGB i. V. m. § 8 GmbHG). Dabei reicht es aus, wenn der Alleingesellschafter ein vorgenommenes Insichgeschäft durch nachträgliche Satzungsänderung noch genehmigt. [72] Schwierig wird die Nachprüfung der Insichgeschäfte für Dritte dann, wenn man mit der Rechtsprechung [73] den § 181 BGB formal auslegt und unter Beteiligung von Untervertretern zustande gekommene Insichgeschäfte zuläßt. Erstrebte der BGH [74] mit der Satzungsänderung eine generelle Regelung der Gestattung, so müssen Dritte doch in jedem Einzelfall nachprüfen, ob der Alleingesellschafter Insichgeschäfte mit Hilfe eines Unterbevollmächtigten vorgenommen hat.

Verzichtet man auf § 181 BGB, so müssen Dritte, wenn sie von Insichgeschäften Kenntnis erhalten, nachprüfen, ob es sich um eine Einmann- oder Mehrmanngesellschaft handelt, weil deren Interessen mit denen des kontrahierenden Gesellschafters nicht identisch sind. Namen und Zahl der Gesellschafter werden aber im Handelsregister nicht bekannt gemacht. Dritte können sie nur den Gesellschafterlisten entnehmen, die zum Handelsregister eingereicht werden müssen (§ 9 Abs. I HGB, § 8 Abs. I Nr. 3 GmbHG). Da die Liste alljährlich nur einmal im Januar einzureichen ist, gibt sie über eine Gesellschafteränderung während des Jahres keinen Aufschluß (§ 40 GmbHG). Auch hier sind Dritte also

---

70) Blomeyer, 7; Plander, 55 ff, ausdrücklich S. 56 FN 346; Siemes, 11 ff; der BGH unter 3a spricht diesen Gesichtspunkt nicht eigens an, sondern begnügt sich mit der Feststellung, daß es sich bei der Einmanngesellschaft um einen abgegrenzten Rechtsbereich handle.

71) BGHZ 33, 189

72) Eine Gestattung durch einfachen Beschluß nach § 47 GmbHG, wie sie von der Literatur zum Teil vertreten wurde, vgl. Coing bei Staudinger, § 181 Anm. 19b; Scholz, GmbHG § 35 Anm. 24, ist vom BGH stets abgelehnt worden, weil der Gesellschafter dann die Gestattung von Fall zu Fall vornehmen könne.

73) RGZ 108, 405 ff = JW 1925, 240; 157, 24 ff = DJ 1938, 598; OLG Celle NJW 47/48, 300 = SJZ 48, 311; BGHZ 21, 230, 231 = NJW 1956, 1433; S. 3, 189 = NJW 1960, 2285

74) 33, 189

im Einzelfall auf die Prüfung angewiesen, ob sich im Laufe des Jahres die Gesellschafterzahl verändert hat, wobei diese Nachprüfung obendrein nur rückblickend erfolgen kann. Eine Erleichterung für den Rechtsverkehr ist also im Verzicht auf § 181 BGB kaum zu sehen, [75] es sei denn, man schätzt die Ungewißheit, die sich durch eine Veränderung des Gesellschafterbestandes ergeben kann, gering ein. Diese umständliche Nachprüfung sowohl bei Anwendung als auch Reduktion des § 181 BGB steht in jedem Falle im Widerspruch zu der Absicht des Gesetzgebers, den Rechtsverkehr durch die formale Ausgestaltung der Norm gerade zu fördern. So kann es auch nicht überzeugen, wenn Plander [76] einerseits die Reduktion zulassen will, weil die Norm ihre Geltung allein dem Vertretenenschutz verdanke und dem Schutz Dritter "generell nur ganz geringes Gewicht" zukomme, andererseits der Zweck der Formalisierung des § 181 BGB darin gesehen wird, Dritten eine Einzelfallprüfung zu ersparen. [77] Die Transparenz der Insichgeschäfte leidet einmal unter der Behandlung des § 181 BGB als formaler Ordnungsvorschrift, wodurch Geschäfte mit Unterbevollmächtigten möglich wurden, zum andern wird sie durch die Entwicklung der Einmanngesellschaft und die Besonderheit des Gesellschaftsrechts beeinträchtigt, Dritten Einblick nur über das Handelsregister und die Registerakten zu gewähren. Die Feststellung der wirksamen Vornahme von Insichgeschäften ergibt sich für Dritte nur aus einer Prüfung des Einzelfalles, gleichgültig, ob man § 181 BGB auf die Einmanngesellschaft anwendet oder nicht. Die Nachteile schwanken je nach den nachzuprüfenden Umständen. Läßt sich in keinem der beiden Fälle eine klare Erleichterung für den Rechtsverkehr feststellen, so muß man den Schutz der Rechtssicherheit auf den objektiven Nachweis der Gültigkeit von Insichgeschäften beschränken.

4. In Rechtsprechung und Literatur zum Ausdruck gekommene Motivation für die Zulassung der teleologischen Reduktion

Versucht man nicht, die Gefahren zu verharmlosen, die sich für die Gesellschaftsgläubiger daraus ergeben, daß ein doloser Alleingesellschafter - Geschäftsführer in weitem Maße unkontrolliert Insichgeschäfte vornehmen kann, so ruft die Rechtsprechungsänderung doch Erstaunen hervor. Dies umso mehr, als der zweite Zivilsenat des BGH die teleologische Reduktion des § 181 BGB nicht deshalb befürwortet, weil er gegenüber früheren Entscheidungen etwa den Schutzbereich

75) so aber Blomeyer, 7

76) S. 56; ebenso Blomeyer, 7

77) Plander, 56

des § 181 BGB jetzt anders interpretiert und die Funktion der von der Norm intendierten Rechtssicherheit auf die objektive Nachweisbarkeit der inhaltlichen Gültigkeit von Insichgeschäften beschränkt hätte. Vielmehr bestätigt er in der neuen Entscheidung [78] die bisherige Rechtsprechung [79] ausdrücklich, wonach die Rechtssicherheit in § 181 BGB auf die Klarstellung der Vornahme von Insichgeschäften zu erstrecken sei.
Der 2. ZS bestätigt auch die Befürchtungen von BGHZ 33, 189, bei Nichtanwendung des § 181 BGB auf die Einmanngesellschaft werde einer Benachteiligung der Gläubiger durch Verschieben von Vermögensgegenständen Tür und Tor geöffnet. [80]
Geändert hat sich die Einschätzung der Eignung des § 181 BGB, diese Gefahren abzuwehren. Während der BGH in BGHZ 33, 189 der Meinung war, die Gläubigergefährdung sei mit Mitteln dieser Norm vermeidbar, schätzte er in seiner neueren Entscheidung die Bedeutung des § 181 BGB als Schutznorm für die Gläubiger gering ein, weil die Anwendung der Norm ohnehin "kein ernstliches Hindernis für Geschäfte des Einmanngesellschafters mit sich selbst" sei.

Die Gründe für die zweifelhafte Schutzwirkung des § 181 BGB sind in der dem Alleingesellschafter zugestandenen Möglichkeit zu suchen, sich vom Verbot des Selbstkontrahierens durch Gestattung selbst zu dispensieren. [81] Hatte der BGH in BGHZ 33, 189 die Anwendung der Norm noch damit gerechtfertigt, daß die Gestattung des Alleingesellschafters nur generell durch Satzungsänderung erfolgen könne und somit für Außenstehende durch Einblick in die Registerakten ersichtlich sei, so führten die vom BGH [82] selbst empfohlenen Ausweichmöglichkeiten durch Bestellung eines anderen Geschäftsführers oder durch die Mitwirkung eines ad hoc bestellten Unterbevollmächtigten oder sonstigen Substituten auch für ein einzelnes Geschäft, praktisch zu einem Leerlauf des Verbotes. [83]
Der 2. ZS hält an dem formalen Verständnis des § 181 BGB fest, soweit es sich um den Versuch handelt, dem Verbot des Selbstkontrahierens durch Einschaltung Dritter auszuweichen. Der BGH akzeptiert die Reduktion des § 181 BGB für die Einmanngesellschaft trotz der Gefahren für die Gläubigerinteressen. Statt eines generellen Verbotes von Insichgeschäften, das auszusprechen sich der BGH [84] wegen des Fehlens einer entsprechenden Vorschrift gehindert sah, [85]

---

78) unter 4
79) zuletzt BGHZ 33, 189 f
80) unter 4
81) vgl. BGHZ 33, 189
82) 33, 189 ff
83) ohne Bedeutung in der Praxis ist der Hinweis auf § 29 BGB, denn der dolose Gesellschafter wird diesen Weg gerade nicht wählen
84) in BGHZ 33, 189
85) das ist einer Anmerkung Fischers, LM Nr. 8 zu § 181 BGB zu entnehmen

glaubte er jetzt, der Rechtssicherheit durch strenge Anforderungen an den Nachweis von Insichgeschäften und durch die Schutznormen der §§ 30, 31 GmbHG, der 29 ff KO und des Anfechtungsgesetzes ausreichend Rechnung zu tragen.

Soweit die Literatur den Schutzbereich der Rechtssicherheit nicht von vornherein nur in der Feststellung der inhaltlichen Gültigkeit sieht, verzichtet auch sie zum Teil resignierend auf die Anwendung des § 181 BGB, weil dessen formale Auslegung [86] Publizität nicht gewährleiste und der Verkehrsschutz weitgehend unerfüllt bleibe. Andere Autoren verweisen, soweit sie den Schutz des Rechtsverkehrs durch die Formalisierung des § 181 BGB anerkennen, auf die für jedes Insichgeschäft erforderliche Offenkundigkeit zum Schutz Dritter. [87]
Die Manifestation des einzelnen Insichgeschäftes nach außen und die Pflicht des Selbstkontrahenten, die Vornahme des Rechtsgeschäftes im Streitfall zu beweisen, begründeten einen ausreichenden Schutz des Rechtsverkehrs, [88] zumal die Beschränkung der Gestattung auf die generelle Regelung der Satzungsänderung weder wirksam noch berechtigt sei. [89] Da zwischen einer Gestattung durch Satzungsänderung und einer Gestattung durch einfachen formlosen Beschluß gemäß § 47 GmbHG sachlich und rechtlich kein Unterschied bestehe, könne sich der Alleingesellschafter stillschweigend Insichgeschäfte durch einfachen Beschluß gestatten, der auch im Abschluß des Rechtsgeschäftes gesehen werden kann. [90] Siemes [91] folgert zu Recht, daß durch die Anerkennung einer konkludenten Gestattung das Verbot des § 181 BGB völlig ausgeschaltet wird. Resümierend kommt Plander [92] zu dem Schluß, daß die Gefährdung der Gesellschaftsgläubiger die teleologische Reduktion des § 181 BGB nicht hindern könne, weil er den Schutz des Rechtsverkehrs vor Manipulationen nicht bezwecke, für eine Verschärfung der Wirksamkeitsvoraussetzungen für Insichgeschäfte, die nur beim Nachweis eines eindeutigen Geschäftsinhalts gültig sein sollen, aber kein ausreichender Anhaltspunkt im Gesetz bestehe. [93]

---

86) Berns, 70; Boesebeck, 483; Krause, 633; Siemes, 85 f

87) S. unten S. 26 f FN 152-155

88) Plander, 70

89) Boesebeck, 485; Schilling bei Hachenburg, § 36 Anm. 13

90) Coing bei Staudinger, § 181 Anm. 19 b; Hachenburg, GmbHG, § 36 Anm. 13 a; Schilling bei Hachenburg, § 36 Anm. 13

91) S. 88

92) S. 71

93) Dieser Argumentation ist entgegenzuhalten, daß auch das Kundgabeerfordernis nicht dem Gesetz entnommen werden kann. Die sachenrechtliche Zuordnung wird für den Rechtsverkehr nicht durch die (Besitz-)Publizität transparent, sondern durch eine Interessendivergenz der Beteiligten.

Giesen [94] und Winkler [95] haben der Entscheidung des 2. ZS widersprochen. Die Herausnahme der Einmann-GmbH aus dem Geltungsbereich des § 181 BGB sei erst dann gerechtfertigt, wenn der Gesichtspunkt der Gläubigergefährdung durch doloses Selbstkontrahieren des Einmanngesellschafter-Geschäftsführers entfalle. [96] Winkler [97] hält nach wie vor daran fest, daß sich der Alleingesellschafter das Selbstkontrahieren nur durch Satzungsänderung gestatten könne. Im übrigen verstoße der Befreiungsbeschluß des Gesellschafters zwar gegen §§ 47 Abs. 4 Satz 2 GmbHG; das führe aber nicht zur Nichtigkeit des Beschlusses, weil der Verstoß gegen die dispositive Vorschrift des § 47 Abs. 4 nicht schwerwiegend sei. Da der Alleingesellschafter seine Beschlüsse auch nicht anfechten könne, sei der Befreiungsbeschluß sofort gültig und ins Handelsregister einzutragen (§ 54 Abs. 3 GmbHG). Die damit gewonnene Offenlegung der Gesellschafterbefugnisse könne aber nur dann effektiv werden, wenn sie mit einem Verbot der Umgehungsgeschäfte durch Einschaltung eines Unterbevollmächtigten einhergehe.

II. VORAUSSETZUNGEN DER TELEOLOGISCHEN REDUKTION BEI DER EINMANN-GmbH

Die teleologische Reduktion einer Norm bedeutet, daß ihr Anwendungsbereich nicht von einem zu weit gefaßten Wortlaut, sondern vom Sinn und Zweck der Norm bestimmt wird. Die Zweckbestimmung ergibt sich aus der dieser Norm immanenten Teleologie, aus der Zielsetzung einer anderen Norm oder einem der Rechtsordnung immanenten Prinzip, das dem Zweck der konkreten Norm vorgeordnet ist. [98] Die Rückfrage nach dem Normzweck setzt zweckgerechte Differenzierungen an die Stelle einer schematischen, beim Wortlaut verharrenden Anwendung und wird dadurch dem Gebot der teleologischen Reduktion gerecht, "Ungleiches ungleich" zu behandeln.

Sinn und Zweck des Selbstkontrahierungsverbotes in § 181 BGB ist es, Insichgeschäfte zu verhindern, weil damit häufig die Gefahr von Interessenkollisionen verbunden ist. Dabei braucht diese Gefahr nicht bei jedem einzelnen Rechtsgeschäft zu bestehen; der Gesetzgeber hat zum Schutz der Rechtssicherheit eine

---

94) JR 1971, 505 f
95) DNotZ 1970, 476 ff und NJW 1971, 1355
96) Giesen, unter 4
97) DNotZ 1970, 486
98) Blomeyer, 3; Canaris, 192; Larenz, Methodenlehre, 369

generelle Regelung getroffen, die die Gültigkeit aller Insichgeschäfte von der Gestattung des Geschäftsherrn abhängig macht. Die teleologische Reduktion des § 181 BGB ist möglich, wenn in einem abgegrenzten Rechtsbereich Interessenkollisionen nicht eintreten können, und ihr auch kein übergeordneter Rechtsgrundsatz des BGB entgegensteht, der, ohne den Normzweck des § 181 BGB zu beeinflussen, dennoch bei der Anwendung der Norm zu beachten ist. Der von § 181 BGB ebenfalls geförderte Schutz des Rechtsverkehrs durch die objektive Nachweisbarkeit der inhaltlichen Gültigkeit von Insichgeschäften würde die Reduktion nicht hindern, weil mit der Interessenkollision auch die Gefährdung des Rechtsverkehrs entfällt. [99]

1. Verwirklichung des primären Normzweckes durch Vorverlegung des gesetzlichen Schutzes und die Betrachtung der Norm als formale Ordnungsvorschrift

Der BGH [100] sieht, im Anschluß an die Protokolle [101] zu § 181 BGB, die überwiegende bisherige Rechtsprechung [102] und Literatur, [103] den primären Zweck des § 181 BGB darin zu verhindern, daß "verschiedene und einander widerstreitende Interessen durch ein und dieselbe Person vertreten werden", weil damit stets die Gefahr einer Schädigung des einen oder anderen Teils gegeben ist. Blomeyer [104] hat diese Prämisse des BGH abgelehnt und dagegen eingewandt, das BGB schütze seiner Konzeption nach nicht den Seelenkonflikt des selbstkontrahierenden Vertreters, sondern das Vermögen des Vertretenen; nicht der Interessenkonflikt, sondern die Interessenverletzung sei Schutzgut des § 181 BGB. Die von Blomeyer [105] zum Beweis herangezogenen §§ 105 ff BGB können diese Behauptung aber nur zum Teil tragen. Zwar dienen die §§ 105 ff BGB zum Schutz des Vermögens Minderjähriger, aber sie erschöpfen sich darin nicht. Die §§ 105 ff BGB wahren vielmehr neben dem Vermögensschutz den Schutz des Rechtsverkehrs [106] und wollen nur Personen mit einem Mindestmaß an Einsichtsfähigkeit am Geschäftsverkehr teilnehmen lassen.

---

99) S. unten S. 25
100) BGHZ 56, 97 ff, unter 1
101) vgl. Protokolle Bd. 1, 174 f
102) RGZ 56, 104 ff; 68, 172 ff; BGHZ 33, 189; 51, 209
103) vgl. die Angaben bei Plander, 33 FN 213, 214
104) Blomeyer, 4
105) Blomeyer, 4
106) siehe dazu ausführlich unten S. 80 f

Nun ist es zwar richtig, daß Schutzgut des § 181 BGB nicht der Interessenkonflikt ist; dieser bei Insichgeschäften regelmäßig bestehende Interessenkonflikt ist vielmehr die Ursache für das Verbot des § 181 BGB, weil er die Gefahr einer Interessenverletzung in sich birgt. [107]) Das Verbot des § 181 BGB will eine Willensentscheidung des Vertreters im Interesse des Vertretenen herbeiführen, die nicht durch eigene entgegengesetzte Interessen beeinträchtigt werden kann. Es ist mit dem Gesagten durchaus vereinbar, wenn Blomeyer [108]) das Ziel des § 181 BGB darin sieht, "die sachgemäße Ausführung des der Vertretungsmacht zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses sicherzustellen". Sachgemäß iSd § 181 BGB ist die Ausführung dann, wenn der Vertreter, unbeeinflußt von eigenen Interessen, die Interessen seines Vollmachtgebers wahrnimmt.
Hat der Vollmachtgeber das Selbstkontrahieren erlaubt, so ist das Insichgeschäft gültig, auch wenn der Vertreter die Interessen des Vertretenen pflichtwidrig vernachlässigt hat. Entscheidend für die Gültigkeit ist allein die Willensentscheidung des Vertretenen, so daß der Vertretene auch mit dem Mißbrauchseinwand nicht mehr gehört wird. Wie nach dem BGB nur das wirklich und frei Gewollte Bestand behalten soll, durch Irrtum oder arglistige Täuschung verfälschte Willenserklärungen aber gemäß §§ 119, 123 BGB angefochten werden können, so sollen die Willenserklärungen des Vertreters nur dann einem Interessenkonflikt ausgesetzt werden, wenn der Geschäftsherr durch die Gestattung des Selbstkontrahierens in die Vornahme des Geschäftes mit dem Vertreter eingewilligt hat [109]) und damit auf den Schutz des § 181 BGB verzichtet. [110]) Daß die Gestattung im voraus und i.d.R. nicht für einzelne konkrete Geschäfte erteilt wird, steht dem nicht entgegen und bringt nur das dem Vertretungsrecht eigentümliche Moment der Dauer zum Ausdruck. Entscheidend ist, daß Insichgeschäfte ohne Gestattung des Geschäftsherrn nicht wirksam vorgenommen werden können, während nach erfolgter Gestattung die inhaltliche Ausfüllung wieder dem Vertreter obliegt.

Man wird auch die Ausführungen des BGH dahin verstehen können, daß § 181 BGB zwar letzlich Interessenverletzungen verhindern will, ihm als schutzwürdige Vorstufe aber bereits die nicht durch einen Interessenkonflikt gehemmte Willensbildung des Vertreters erscheint. Das kommt in der Entscheidung dadurch zum Ausdruck, daß er deshalb die Anwendung des § 181 BGB auf die Einmanngesellschaft und ihren geschäftsführenden Gesellschafter ablehnt, weil zwischen Gesell-

---

107) BGH unter 1

108) Blomeyer, 4; so schon Rümelin, 210

109) Die 2. Ausnahme des § 181 BGB steht nicht entgegen, weil damit nur eine bereits bestehende gesetzliche oder vertragliche Verpflichtung erfüllt wird.

110) Aigner, 50; auch Plander, 32 FN 210

schaft und Gesellschafter eine Interessenidentität bestehe und deshalb auch die Willensbildung der Gesellschaft mit der des Gesellschafters zusammenfalle.

Gegen die Annahme einer formalen Ordnungsvorschrift, [111] die nur die Wahrnehmung entgegengesetzter Interessen allein durch den Vertreter verhindern will, sprechen die beiden Ausnahmen des § 181 BGB, die das Selbstkontrahierungsverbot gerade aufheben, wenn der Geschäftsherr Insichgeschäfte gestattet oder in den rechtlichen Erfolg durch den Abschluß eines obligatorischen Vertrages eingewilligt hat. [112] Der vom BGH genannte materielle Schutzzweck, Interessengegensätze auszuschalten, die den Vollmachtgeber gefährden, ist bereits in der Entstehungsgeschichte [113] des § 181 BGB deutlich zum Ausdruck gekommen und von den früheren Entscheidungen des RG bestätigt worden. [114] Die Behandlung des § 181 BGB als Formverbot bleibt bezüglich ihres spezifischen Bestrebens auf halbem Wege stehen, weil der von dem Vertreter eingesetzte Unterbevollmächtigte mangels eigenen Überblicks wietgehend an Instruktionen des Vertreters gebunden bleibt, [115] während eine materielle Betrachtungsweise mit der Betonung der Willensentscheidung des Vertretenen als ausschlaggebendem Kriterium für die Wirksamkeit von Insichgeschäften auch die Frage der Untervertretung dem Vertretenenschutz schlüssig unterordnet. Hiermit steht in Einklang, daß ohne Gestattung vorgenommene Insichgeschäfte noch nachträglich vom Geschäftsherrn genehmigt werden können, [116] das Selbstkontrahierungsverbot also der Disposition des Vertretenen unterliegt. Die Analyse des Gestattungserfordernisses und der formellen Ausgestaltung wird zeigen, daß der Gesetzgeber gerade mit der richtig verstandenen Formalisierung den Vertretenenschutz realisieren wollte, und in der Verbindung beider neben dem Vertretenen auch den Rechtsverkehr zu schützen beabsichtigte.

---

111) BGHZ 50, 8, 11; Berns, 101; Boehmer, 48; Enneccerus-Nipperdey, § 181 III (1112); Schilling bei Hachenburg, § 36 Anm. 12

112) vgl. zum folgenden auch Aigner, 49 ff; Siemes, 7 f

113) Motive Bd. 1, 100 u. 224 f; Protokolle, Bd. 1, 174 f, auch RGZ 56, 104, 106; aus der Literatur, Aigner, 51 f; Boehmer, 47 ff; Mestmäcker, 249; Siemes, 6

114) vgl. RGZ 68, 172 ff

115) s. unten S. 72 ff

116) Früher wurde bei Zuwiderhandeln gegen das Verbot des § 181 BGB absolute Nichtigkeit des Geschäfts angenommen, RGZ 51, 422, 426; OLGE Bd. 3, 106; heute wird allgemein anerkannt, daß das Geschäft noch nachträglich vom Vertretenen genehmigt werden kann, vgl. RGZ 71, 162, 163; BGH NJW 1959, 1429, 1430; Flume, § 48, 1 (811); Schultze-v. Lasaulx bei Soergel-Siebert, § 181 Rn 41

III. DIE KONZEPTION DES VERTRETENEN- UND VERKEHRSSCHUTZES DURCH DIE SPEZIFISCHE NORMFASSUNG DES § 181 BGB

Die Zulässigkeit der teleologischen Reduktion des § 181 BGB hängt entscheidend davon ab, ob die durch die Formalisierung der Norm angestrebte Rechtssicherheit nur die objektive Nachweisbarkeit der Gültigkeit von Insichgeschäften bezweckt, oder ob sie darüber hinaus auch die einwandfreie Nachweisbarkeit von Verfügungsgeschäften sicherstellen will.
Die Entstehungsgeschichte [117] erwähnt den letzteren Schutzbereich nicht. Sie wie die überwiegende Literatur sehen [118] das Ziel der Formalisierung darin, die Gültigkeit von Insichgeschäften an objektiv nachweisbare Merkmale zu binden. [119] Sowohl Rechtsprechung als auch Literatur haben es bislang mit wenigen Ausnahmen [120] versäumt, das Verhältnis der beiden Normzwecke des § 181 BGB zueinander und den Zusammenhang von Vertretenenschutz, Formalisierung und insbesondere Gestattung zu erläutern. Für die weitere Betrachtung ist die Feststellung bedeutsam, daß mit dem Gestattungserfordernis ein Regelungselement in § 181 BGB eingeführt wurde, das sowohl die Durchführung der Insichgeschäfte als auch deren Vornahme betrifft.

1. Das Gestattungserfordernis als der eigentliche Ort des Vertretenenschutzes

Blomeyer [121] hat die Rechtssicherheit als sekundären Normzweck bezeichnet, der lediglich einen weiteren Anwendungsbereich des § 181 BGB begründe, für den Schutz des Vertretenen aber nicht erforderlich sei. Diese Schlußfolgerung ergibt sich, wenn man die inhaltliche Gültigkeit der Insichgeschäfte unabhängig von ihrer Zulässigkeit und der dafür notwendigen Gestattungserklärung sieht. Die jetzige Regelung des § 181 BGB enthält ein generelles Verbot des Selbstkontrahierens, stellt es aber dem Vollmachtgeber frei, durch Gestattung Insichgeschäfte seines Vertreters mit ihm zuzulassen. Der Vertretene ist also vor Interessenver-

---

117) Protokolle Bd. 1, 174 f

118) anders neuerdings nur Giesen, JR 1971, 505 f; Winkler DNotZ 1970, 476 ff, die mit § 181 BGB auch Vermögensverschiebungen entgegenwirken wollen.

119) aus der neuen Literatur: Aigner, 56 ff; Berns, 75; Blomeyer, 5; Plander, 44; Siemes, 11; Tröster, 65

120) Blomeyer, 3; Plander, 39 ff

121) Blomeyer, 3

letzung durch Insichgeschäfte dadurch geschützt, daß der Bevollmächtigte sie nicht beliebig vornehmen kann, sondern sie nur wirksam sind, wenn der Vollmachtgeber sie ausdrücklich gestattet hat. [122] Ist die Gestattung aber erst einmal erfolgt, so tritt der Interessenkonflikt auf seiten des Vertreters wieder hervor. Die Formulierung Blomeyers, [123] § 181 BGB diene primär dazu, Interessenkonflikte und damit Schädigungen des einen oder anderen Teils zu verhindern, kann wohl nur als mißglückte Abbreviatur der Begründung des BGH verstanden werden, der das Ziel des § 181 BGB, Interessenkonflikte durch Selbstkontrahierung ohne Gestattung zu verhindern, richtig interpretiert.

Die Formalisierung verhindert also weder, daß der Vertretene durch Insichgeschäfte benachteiligt wird, schon gar nicht, daß sich konträre Interessen überhaupt gegenüberstehen, [124] sondern nur, daß die Gültigkeit der Geschäfte wegen des Interessenwiderstreites zweifelhaft bleibt. Dem Geschäftsherrn verbleibt die Möglichkeit, seine Gestattung zu widerrufen. [125] Er hat somit auf die Fortdauer der einmal erklärten Gestattung Einfluß. Diese Kontroll- und Überwachungsfunktion des Widerrufs ist geeignet, einen Mißbrauch der Selbstkontrahierungsbefugnis des Vertreters einzuschränken.
Der Widerruf wirkt aber nur für die Zukunft. In der Zwischenzeit getätigte Insichgeschäfte bleiben gültig, auch wenn mit ihnen nicht ausschließlich Interessen des Vertretenen verfolgt werden. Daraus folgt, daß die Formalisierung für sich gesehen nicht primär dem Schutz des Vertretenen, sondern dem Schutz des Rechtsverkehrs dient. Sie gewährleistet, daß die Gültigkeit von Insichgeschäften nicht von einer Interessenbeurteilung abhängt, sondern zweifelsfrei festgestellt werden kann. Nur soweit die Feststellung der Gültigkeit von Bedeutung wird, schützt sie zusätzlich, wie Plander überzeugend dargelegt hat, [126] neben Interessen des Vertreters, Dritter und der Allgemeinheit auch Interessen des Vertretenen. § 181 BGB schützt also, soweit es um die Zulässigkeit des Selbstkontrahierens geht, Interessen des Vertretenen, soweit aber die durch die Formalisierung mögliche Feststellung der inhaltlichen Gültigkeit in Rede steht, verfolgt er primär Interessen der Rechtssicherheit. [127]

---

122) Die Gestattung ist auch in einer Generalvollmacht nicht enthalten, vgl. dazu Schultze-v. Lasaulx bei Soergel-Siebert, § 181 IV. Rn 32 m. w. Nachweisen
123) Blomeyer, 4
124) Plander, 40; Siemes, 13
125) vgl. § 168 BGB
126) Plander, 44 ff
127) Plander, 48

Die formale Regelung der Gültigkeit, die Interessenkonflikte gerade nicht unterbindet, ist nur deshalb für den Vertretenen akzeptierbar, weil es ihm überlassen ist, das Selbstkontrahieren zuzulassen und eine ausgesprochene Gestattung gegebenenfalls zu widerrufen. Der Vollmachtgeber setzt sich durch seine Gestattung dem mit der Formalisierung notwendig verbundenen Interessenkonflikt aus, andererseits hält § 181 BGB diesen Schutz des Vertretenen für ausreichend und begünstigt nun, unter Beibehaltung des Interessenwiderstreits, den Schutz der Rechtssicherheit. [128] Die Gestattung ist also das eigentlich konstitutive Moment des Vertretenenschutzes, während die Formalisierung die Interessen des Rechtsverkehrs wahrnimmt. In Verbindung beider sah § 181 BGB seine zwei Normzwecke am ehesten durchgeführt. [129]

2. Die formale Ausgestaltung und ihr Zusammenhang mit der Gestattung

Die obige Feststellung, § 181 BGB verwirkliche den Vertretenenschutz durch die Bindung des Selbstkontrahierens an die widerrufliche Gestattungserklärung des Vollmachtgebers, während die Formalisierung allein den Schutz der Rechtssicherheit bezwecke, wenn die Gestattung einmal ausgesprochen ist, soll durch eine Untersuchung der spezifischen Bedeutung der Formalisierung bestätigt werden. Dies erscheint notwendig, weil der Zugang zu § 181 BGB weitgehend [130] einseitig nur im rechten Verständnis der formalen Ausgestaltung gesehen wurde. Das hat dazu geführt, daß man seinen ursprünglichen Entstehungsgrund, den Vertretenenschutz, zwar kräftig betonte, [131] ihn in der praktischen Anwendung aber bald zu einer formalen Ordnungsvorschrift reduzierte. [132] Dadurch unter-

---

128) Der Schutz der Rechtssicherheit durch § 181 BGB ist in der Literatur vielfach unbeachtet geblieben, vgl. dazu die Angaben bei Plander, 33 FN 213-215

129) Es ist zwar richtig, wenn Aigner, 50 und Plander, 32 FN 210 meinen, durch die Gestattung verzichte der Vertretene auf den ihm durch das Gesetz gegebenen Schutz. Das gilt nur bis zu einem eventuellen Widerruf. Hier kommt der vom Gesetz erstrebte Kompromiß zwischen Vertretenenschutz und Schutz der Rechtssicherheit nicht genügend zum Ausdruck.

130) so insbes. die Rechtsprechung, oben S. 3 f

131) zur Entstehungsgeschichte vgl. oben S. 4
ebenso RGZ 68, 172 ff und öfter, zuletzt BGHZ 33, 189

132) Boehmer, 48; auch JZ 1962, 731 f

blieb eine nähere Klärung des Verhältnisses von Formalisierung und Gestattung, insbesondere kam durch den Vergleich mit dem Gesetzesvorschlag, wonach das Selbstkontrahieren bei entsprechender Fürsorge [133] zulässig sein sollte, die konstitutive Bedeutung der Gestattung für die wirksame Vornahme von Insichgeschäften nicht deutlich in den Blick, [134] dergestalt daß § 181 BGB den Vertretenenschutz ausschließlich durch das Entscheidungsrecht des Vertretenen verfolgt, über die Zulässigkeit des Selbstkontrahierens zu bestimmen, die Formalisierung allein den Vertretenenschutz aber nicht bezweckt, sondern ihn allenfalls durch eine Reflexwirkung erweitert. Der Einwand der Protokolle, [135] das Tatbestandsmerkmal der Fürsorge würde wegen seiner Unerkennbarkeit für Dritte [136] die Verkehrssicherheit gefährden, wurde demzufolge nicht ernst genommen, stattdessen der Schutz außenstehender Dritter durch § 181 BGB verneint, [137] weil Insichgeschäfte nur zwischen dem Geschäftsherrn und dem Vertreter selbst [138] zustande kommen, außenstehende Dritte also nicht unmittelbar betroffen seien. [139]

Die Unhaltbarkeit dieser Einschätzung der Formalisierung soll durch den Vergleich des Schutzumfangs der jetzigen Fassung des § 181 BGB für den Vertretenen und Selbstkontrahenten mit dem der Entwurf gebliebenen Fassung verdeutlicht werden. Dabei soll mit Plander [140] der Zweck des § 181 BGB im Schutz derjenigen Personen gesehen werden, die "objektiv schutzbedürftig sind und für die die gewählte Ausgestaltung der Norm auch tatsächlich einen stärkeren Schutz bewirkt, als es bei einer allein am materiellen Normzweck orientierten Fassung der Vorschrift der Fall wäre". [141]

Ein lückenloser Vertretenenschutz, der Interessenkonflikte und damit Schädigungen des Vollmachtgebers völlig verhindert, wurde durch die Formalisierung nicht verwirklicht. Vielmehr muß der Vertreter bei jedem Insichgeschäft zwi-

---

133) S. o. S. 8

134) BGHZ 56, 97 ff erwähnt die Gestattung nur unter 1

135) Bd. 1, 175

136) Hervorhebung vom Verfasser

137) Boesebeck, 484; Siemes, 10 f; daß die Verkehrssicherheit dem Schutz Dritter diene, betonen Blomeyer, 6; Enneccerus-Nipperdey, § 181 III (1112); Plander, 45 ff

138) oder einem Zweitvertretenen

139) Auch Plander, 45, hält es für naheliegend, daß die Formalisierung insbes. dem Schutz des Selbstkontrahenten und des Vertretenen diene.

140) Plander, 45

141) vgl. zum folgenden Plander, 40 ff

schen seinen Interessen und denen seines Vollmachtgebers abwägen.

Die Lage des Vertretenen hat sich sogar verschlechtert, weil ihm jetzt auch der Mißbrauchseinwand gegen Insichgeschäfte versagt ist. Er kann dem Vertreter das Selbstkontrahieren nur ganz, durch Rücknahme der Gestattung, untersagen. Was den Vertreterschutz anbelangt, so wird er durch die formale Ausgestaltung umfassend erreicht, insofern sich der Vollmachtgeber auch auf mißbräuchliches Kontrahieren des Selbstkontrahenten nach erfolgter Gestattung nicht mehr berufen kann. Dieser lückenlose Schutz verliert an Effizienz, wenn man bedenkt, daß Insichgeschäfte nach der Fassung des Entwurfs nur bei groben Verstößen unwirksam gewesen wären, deren sich der Vertreter in aller Regel bewußt ist. Der Vertreter hat Anteil an der durch die Formalisierung bewirkten Rechtsklarheit als einem Gebot der Rechtssicherheit. Es ist also verfehlt, von einem mit der Formalisierung des § 181 BGB bezweckten [142] Vertreter- oder Vertretenenschutz zu sprechen. Der Umstand, die Gültigkeit von Insichgeschäften objektiv feststellen zu können, kommt zwar auch ihnen zugute, aber nicht im Sinne eines für sie bestimmten zusätzlichen Schutzes, sondern nur insoweit, wie er jedem Teilnehmer am Rechtsverkehr dienlich ist.

Plander [143] hat die Auswirkungen der Formalisierung für einzelne Beteiligte und Personengruppen gründlich geprüft, so daß nur noch einige Akzente gesetzt werden können. Im Verhältnis von Vertreter und Vertretenem erfüllt die formelle Fassung eine Friedensfunktion. Sie vermeidet einen in seltenen Fällen denkbaren Zweifel, ob ein Interessenkonflikt überhaupt besteht oder die Vornahme des Insichgeschäftes mit der gebotenen Fürsorge erfolgte. Andernfalls könnte der Vertretene - willkürlich - sein abweichendes Interesse behaupten oder eine Interessenverletzung geltend machen, wenn sich ein Geschäft nachträglich als nachteilig herausstellt. Kann er damit im Prozeß auch nicht durchdringen, so wird doch von vornherein ein ständiges Mißtrauen zwischen Vollmachtgeber und -nehmer vermieden.

Dieser Gesichtspunkt spielt auch bei der gleichzeitigen Vertretung mehrerer Geschäftsherrn durch einen Vertreter eine Rolle. Tritt hier der Streit über die Gültigkeit der Insichgeschäfte nach außen, so wird sogar der Geschäftsbetrieb beeinträchtigt, wenn Dritte von der bestrittenen Eigentümerstellung der Beteiligten erfahren.
Gläubiger oder künftige Kreditgeber des Selbstkontrahenten können sich auf die Gültigkeit getätigter Insichgeschäfte verlassen, ohne befürchten zu müssen, ihre Kreditbasis wieder zu verlieren.

---

142) so aber anscheinend Plander, 45

143) Plander, 45 ff

IV. DIE ERWEITERUNG DES SCHUTZES DER RECHTSSICHERHEIT ZUR VERMEIDUNG VON UNKONTROLLIERBAREN VERMÖGENSÜBERTRAGUNGEN ZWISCHEN ALLEINGESELLSCHAFTER UND EINMANN-GmbH

1. Die Kontrolle von Übereignungsvorgängen ist kein Normzweck des § 181 BGB

Der Vertretenenschutz und der Schutz der Rechtssicherheit stehen demzufolge nicht unabhängig nebeneinander, sondern bilden eine Einheit. [144] Die Wahrung der Rechtssicherheit ist ein konstitutives Moment für den Vertretenenschutz, der ohne Formalisierung nur unzureichend hätte verwirklicht werden können. Die teleologische Reduktion des § 181 BGB findet ihre Grenze, sobald entweder der Vertretenenschutz oder die Rechtssicherheit beeinträchtigt werden, weil jede Gefährdung des Vertretenenschutzes auch die nicht reduzierbare Rechtssicherheit tangiert. [145]

Der Vertretenenschutz und der Schutz der Rechtssicherheit verlaufen parallel. Das Schutzbedürfnis des Rechtsverkehrs besteht nur, wenn der Vertretene Interessenkonflikten des selbstkontrahierenden Vertreters ausgesetzt ist. Hat der Vertretene das Selbstkontrahieren nicht gestattet oder sind seine Interessen mit denen seines Vertreters identisch, so entfällt auch eine Gefährdung der Rechtssicherheit, weil Insichgeschäfte entweder nicht vorgenommen werden können oder mit dem Interessenkonflikt auch die durch ihn erzeugte Rechtsunsicherheit vermieden wird. Die aus § 181 BGB selbst zu entwickelnden Normzwecke hindern die teleologische Reduktion der Vorschrift also nicht, wenn in einem abgeschlossenen Rechtsbereich ein Interessenkonflikt nicht entstehen kann.

Der Schutz der Rechtssicherheit vor unkontrollierbaren Vermögensverschiebungen ist kein Normzweck des § 181 BGB. Das folgt aus dem Zusammenspiel von Gestattung und Formalisierung zum Nachweis der Gültigkeit von Insichgeschäften und dem Vergleich mit der Entwurf gebliebenen Gesetzesfassung. Der historische GmbH-Gesetzgeber vom Jahre 1876 sah sich dem Problem der Einmann-GmbH noch nicht konfrontiert, zum anderen gehörten Gläubigerschutzgesichtspunkte nicht zu seinem vordringlichsten Bemühen. [146] Das historische Argument trifft auch für das BGB zu. Den einzigen Anhaltspunkt für personale Mindestvor-

---

144) Blomeyer, 3

145) Blomeyer, 3; Larenz, Methodenlehre, 370

146) Die vielfältigen Gefährdungen der Gesellschaftsgläubiger der GmbH sind in der Vergangenheit immer wieder hervorgehoben worden, so daß auch die Reformarbeiten für eine GmbH-Novelle weitgehend unter diesem Aspekt angetreten wurden.

aussetzungen bei Vermögensübereignungen bietet es in den §§ 105 ff BGB. Diese Normen können aber nur schwerlich als Spezialregelung zur Verhütung von Vermögensmanipulationen ausgelegt werden, [147] so daß sich die Frage darauf zuspitzt, wieweit der nun einmal in das GmbH-Recht rezipierte § 181 BGB den im GmbHG unzureichend berücksichtigten Gläubigerschutz verbessern kann.
Die eindeutige sachenrechtliche Zuordnung ist ein Erfordernis der Rechtsklarheit, das bei allen Rechtsgeschäften ausnahmslos zum Zuge kommt, die Vermögensübertragungen zum Gegenstand haben. § 181 BGB beinhaltet davon keine Ausnahme, sondern weist im Gegenteil durch seine Wirksamkeitsvoraussetzung der Gestattung eines selbständigen Interessenträgers auf den Schutz des Rechtsverkehrs, wie er in den §§ 929 ff angelegt ist und beansprucht damit eine Kontrollierbarkeit der Eigentumsverhältnisse auch für Insichgeschäfte.

a) Die Kundgabe eines jeden Insichgeschäftes nach außen ist als Postulat der Rechtssicherheit von Rechtsprechung und Literatur anerkannt

Die Rechtsprechung hatte seit jeher versucht, den Rechtsverkehr durch die Anwendung des § 181 BGB vor Verschieben von Vermögensgegenständen zu schützen. [148] Die Literatur hat dagegen eingewandt, diese Schutzfunktion liege außerhalb des Normzwecks des § 181 BGB, [149] der Verkehr müsse eben damit rechnen, daß der Alleingesellschafter Insichgeschäfte ohne Beachtung der Publizitätsvorschriften vornehmen könne, [150] ausreichende Publizität sei ohnehin nicht gewährleistet, da die Befreiung vom Verbot des § 181 BGB nicht ins Handelsregister eingetragen sei, [151] der Alleingesellschafter zudem mit einem ad hoc bestellten Geschäftsführer oder sonstigen Substituten kontrahieren könne. [152] Deshalb begnügte man sich mit der Kenntlichmachung [153] des einzelnen verfügenden Insichgeschäftes, das zwar nicht für jeden Dritten, aber doch für einen mit den

147) S. unten S. 81
148) zuletzt BGHZ 33, 189
149) Aigner, 95; Baumbach-Hueck, Anh. nach § 34 Anm. 3B; Berns, 70; Blomeyer, 6; Boesebeck, 483; Plander, 67 ff; Siemes, 85; Tröster, 68; Zöllner, 186
150) Krause, 633
151) Boesebeck, 483; Siemes, 85
152) Berns, 70; Boesebeck, 483; Plander, 59; Siemes, 83 ff
153) Die Kundgabe des Willens ist nach allgemeiner Meinung Wirksamkeitsvoraussetzung eines jeden Insichgeschäfts, vgl. RGZ 139, 114, 117; 140, 223, 230; BGH NJW 1962, 587, 589; OLG Hamburg, MDR 1956, 416; Enneccerus-Nipperdey, § 181 I (1109); Plander, 68; Siemes, 11

Verhältnissen Vertrauten erkennbar sein müsse. [154]

Die Erkennbarkeit eines Übertragungsvorganges ist ein Erfordernis der Verkehrssicherheit, [155] das den Rechtsverkehr und damit Gläubiger und Dritte vor Manipulationen schützen soll, so daß ein Insichgeschäft, das nach außen nicht kenntlich gemacht werden kann, unterbleiben muß. [156] Die Analyse der sachenrechtlichen Publizitätsvorschriften muß ergeben, durch welche Vorkehrungen der Rechtsverkehr vor dem Verschieben von Vermögen geschützt wird, inwieweit der Nachweis von Verfügungsgeschäften möglich ist und ob die Offenlegung des einzelnen Insichgeschäftes des Alleingesellschafters diesen Anforderungen gerecht wird.

2. Die divergierende Interessenlage in den §§ 929 ff schützt den Rechtsverkehr vor Vermögensmanipulationen

Das Mittel, mit dem die Übereignungsvorschriften der §§ 929 ff BGB dem Rechtsverkehr einen Eigentumsübergang anzeigen wollen, ist der Besitzwechsel. [157] Der Besitzwechsel ist rein durchgeführt in § 929 Satz 1 und Satz 2, der bisherige Eigentümer verliert den Besitz, der Erwerber erhält oder behält ihn. In den Fällen der §§ 929 Satz 1, 930 und 931 BGB erfolgt der Eigentumswechsel ohne Änderung des unmittelbaren Besitzes. Einmal tritt an die Stelle der Besitzübertragung die Vereinbarung eines konkreten Besitzmittlungsverhältnisses, [158]

---

154) RGZ 99, 208, 210; Flume § 48, 1 (810); nach einer Meinung reicht es aus, wenn sich der obligatorische Vertragsschluß aus einer späteren Ausführungshandlung ergibt, RG JW 1926, 2571, 2572; Coing bei Staudinger, § 181 Rn 21; während nach anderer Ansicht auch das obligatorische Insichgeschäft nach außen kenntlich zu machen ist, vgl. Flume, § 48, 1 (809)

155) RG JW 1926, 2571 f; OLG Hamburg, MDR 1956, 416; Enneccerus-Nipperdey, § 181 I (1109); z. Teil wird dieses Erfordernis auch aus der jedes Rechtsgeschäft konstituierenden Kundgabe des Willens abgeleitet, vgl. Flume, § 48, 1 (809)

156) OLG Hamburg, MDR 1956, 416

157) Diese Darstellung kann sich auf die Erörterung der §§ 929 ff BGB beschränken, weil gegenüber den verschärften Kundbarmachungspflichten der §§ 1204 ff - vgl. § 1205 - und §§ 1113 ff hier die Minimalanforderungen an die (Besitz-)Publizität vorgesehen sind.

158) Baur, § 51 V, 422 f; Wolff-Raiser, § 67, 241 ff

wobei der Eigentümer im Besitz der Sache bleibt, das anderemal überträgt der bisherige Eigentümer an den Erwerber den Herausgabeanspruch gegen den Dritt-Besitzer.

Diese Skizzierung der Übereignungsvarianten reicht aus, um die unzureichende Eignung der Besitzpublizität zu verdeutlichen, dem Verkehr Vermögensbewegungen kenntlich zu machen. Findet bei § 929 BGB noch ein Besitzwechsel statt, so vollzieht sich die Eigentumsübertragung bei den § 929 Satz 1, 930, 931 BGB für den Verkehr unsichtbar, nur durch vertragliche Vereinbarung zwischen Veräußerer und Erwerber.

Kann die Publizität wegen ihrer Durchbrechung in den §§ 930, 931 BGB dem Verkehr keine Gewißheit über die Eigentumsverhältnisse an einer Sache verschaffen, so wird für die Feststellung des Eigentümers von Bedeutung, daß an jedem Verfügungsgeschäft mindestens zwei Personen, der Veräußerer und der Erwerber, beteiligt sind. Entscheidend dabei ist, daß sich die an der Übereignung Beteiligten mit entgegengesetzten Interessen gegenüberstehen, ihre Willensbildung und ihre Interessen verlaufen unabhängig voneinander und konkretisieren sich im einzelnen Übereignungsgeschäft. [159])

Dieser Interessengegensatz bewirkt bei einer Pfändung oder Zwangsvollstreckung regelmäßig, daß das Eigentum nicht der Partei zugeschoben wird, bei der es vor dem Gläubigerzugriff am ehesten gesichert ist, weil die Gegenpartei überhaupt kein Interesse daran hat, sich strafbaren Manipulationen [160]) auszusetzen, der Gepfändete aber selbst dann von seiner Schuld nicht freikommt, wenn es ihm gelingt, dem Gläubiger den umstrittenen Gegenstand zu entziehen. Das hat zur Folge, daß die Vertragsparteien im Prozeß alle Gründe vortragen werden, um einen Eigentumsverlust zu verhindern oder den Eigentumserwerb zu beweisen. Besteht Anlaß zum Mißtrauen zwischen den Vertragspartnern, wo werden sie ihre Vereinbarungen schriftlich fixieren oder Zeugen hinzuziehen. Mit der Erkenntnis, daß sich der Erfolg von Verfügungsgeschäften durch die Konfrontation entgegenstehender Interessen feststellen läßt, ergibt sich zugleich auch die Grenze der Nachweisbarkeit von Eigentumsübertragungen. War die Rechtssicherheit in § 181 BGB durch die objektive Nachweisbarkeit der Gültigkeit von Insichgeschäften gewährleistet, so kann bei der Nachweisbarkeit von Verfügungsgeschäften nur von einem Wahrscheinlichkeitsgehalt gesprochen werden. Es ist nicht auszuschließen, daß der von der Pfändung bedrohte Schuldner doch jemand

---

159) anders ist es nur bei der Einmanngesellschaft; der durch Insichgeschäfte der Gesellschaft zugefügte Nachteil erweist sich als Vorteil des Gesellschafters, dazu unten S. 47 ff

160) vgl. §§ 263; 288, 49 StGB

findet, dem er sein Eigentum vorübergehend übertragen kann. Die Anfechtungstatbestände, §§ 3 AnfG, 29 ff KO helfen nicht immer.

3. Auch das Selbstkontrahieren muß von einem selbständigen Interessenträger gestattet werden

Betrachtet man die Regelung der Insichgeschäfte in § 181 BGB unter dem Gesichtspunkt der Kontrollierbarkeit von Vermögensübertragungen, so ergibt sich auch hier im Normalfall [161] eine Interessendivergenz zwischen Selbstkontrahent und Geschäftsherr. Wie bei den sachenrechtlichen Übereignungstatbeständen ist jede Partei bestrebt, die Eigentumsübertragung offenkundig zu machen. [162] Jede Partei wird im Streitfall ihre Interessen uneingeschränkt vertreten. Der Vollmachtgeber hat die Möglichkeit, die Durchführung der Pflichten aus dem Innenverhältnis zu überwachen, insbesondere die pflichtgemäße Ausführung des Geschäfts durch Kenntlichmachung nach außen zu kontrollieren, und er kann gegebenenfalls seine Gestattung widerrufen. Der Wortlaut des § 181 BGB erschwert demnach Vermögensverschiebungen in demselben Maße wie die Übereignungsregelung. [163]

a) Bei der Einmann-GmbH mit identischem Gesellschafter-Geschäftsführer fehlt der Interessengegensatz

Für das Rechtsverhältnis von Alleingesellschafter und seiner Einmann-GmbH ist der fehlende Interessengegensatz kennzeichnend. [164] Versucht man auch hier

---

161) von etwaigen Besonderheiten bei der Einmanngesellschaft soll hier abgesehen werden.

162) Der Selbstkontrahent, der an den Vertretenen veräußern will, wegen einer möglichen Verschlechterung der Sache oder ihres Untergangs, §§ 275 ff BGB, der Geschäftsherr, um Zugriffe von Gläubigern des Vertreters auf die Sache abwehren zu können.

163) Auch das gesetzlich erlaubte Selbstkontrahieren zur Erfüllung einer Verbindlichkeit macht Übereignungsgeschäfte nicht undurchsichtiger. Den Nachweis der vom Gesetz gebotenen Erfüllung erbringt die gesetzliche Norm, Erfüllungsgeschäfte auf Grund vertraglicher Vereinbarung lassen sich mit Hilfe der Vertragskontrahenten überprüfen.

164) Aigner, 82 ff; Berns, 70, 92 ff und GmbH-Rdsch. 1966, 229; Blomeyer, 6 und NJW 1969, 127 f; Boesebeck, 484; Plander, 36 ff; Siemes, 89 ff; Tröster, 69

keine generelle Regelung durch Anwendung des § 181 BGB, sondern begnügt sich mit der Kenntlichmachung der Insichgeschäfte im Einzelfall, so ergeben sich bezüglich der Nachweisbarkeit von Verfügungsgeschäften zwei Besonderheiten. Die GmbH kann Eigentum erwerben und veräußern (§ 13 GmbHG). Ist der Alleingesellschafter gleichzeitig Geschäftsführer, so können diese Geschäfte nur von ihm vorgenommen werden. Da aber die Interessen von Gesellschafter und Gesellschaft identisch sind, fehlt in Zweifelsfällen das Korrektiv des Kontrahenten, dessen entgegengesetzte Interessen Manipulationen in den allermeisten Fällen verhinderten. Diese Doppelstellung des Alleingesellschafters ist noch bedenklicher, wenn man die grundsätzliche Trennung des Gesellschaftsvermögens von dem Vermögen des Gesellschafters hinzudenkt, so daß Gesellschaftsgläubiger nur auf das Gesellschaftsvermögen, Privatgläubiger des Gesellschafters nur auf dessen Privatvermögen zugreifen können. [165] Die Einmanngesellschaft ist zwar formal selbständig, ihre Willensbildung fällt aber mit der ihres Alleingesellschafters zusammen, [166] er bestimmt, was die Gesellschaft will, deshalb können ihre Interessen auch nicht in Widerspruch zueinander treten; [167] Nachteile der Gesellschaft werden zu Vorteilen für den selbstkontrahierenden Gesellschafter. Der Gesellschafter beherrscht zwei rechtlich getrennte Vermögenssphären, er verfolgt seine Interessen durch zwei selbständige Rechtsträger, während für die Gläubiger die Trennung sowohl der verschiedenen Vermögen als auch der rechtlichen Zuständigkeiten bestimmend bleiben.

4. Nur unzureichende Möglichkeiten des Verkehrsschutzes bei der Einmann-GmbH ohne unabhängiges Kontrollorgan, weil die tatsächliche Ausführung der Insichgeschäfte nicht überwacht werden kann

Die Analyse der sachenrechtlichen Übereignungsvorschriften hat ergeben, daß der Schutz des Rechtsverkehrs nicht durch die vielfach durch vertragliche Vereinbarungen ersetzten Kundgabeakte erzielt wird, das maßgebliche Korrektiv vielmehr der unabhängige Wille der Geschäftskontrahenten bildet, die ihre eigenen entgegengesetzten Interessen durchzusetzen bestrebt sind. Bei Insichgeschäften des Alleingesellschafters mit seiner Einmanngesellschaft fehlt ein solcher konkurrierender Wille, der die Klarheit von Übereignungsvorgängen fördert. Will man

165) Die Fälle der Durchgriffshaftung können hier unbeachtet bleiben, vgl. dazu Serick, 16 ff m. w. Nachweisen

166) BGH unter 1

167) BGH unter 1

im Bereich der Einmanngesellschaft nicht § 181 BGB anwenden [168] und damit Übereignungen durch Selbstkontrahieren verbieten, so muß man die Zulässigkeit von Insichgeschäften an Voraussetzungen knüpfen, die den Rechtsverkehr in vergleichbarer Weise vor Vermögensverschiebungen bewahren. [169]

Auszugehen ist von dem sichtbarsten Kundgabeakt, dem Besitzwechsel. Selbst bei einer Übereignung nach § 929 Satz 1 BGB ist es einem Außenstehenden nicht möglich, allein aus der Besitzübertragung zuverlässig auf eine Übereignung, eine Verpfändung gemäß § 1205 BGB der auf die Ausführung eines Mietvertrages zu schließen. Diese Akte werden eindeutig erst durch die Kenntnis der Parteiabmachungen. Lassen die Kundgabeakte aber allesamt mehrere Deutungen [170] zu, so ist es ausgeschlossen, durch sie auf einen bestimmten Geschäftswillen des Selbstkontrahenten schließen zu wollen. Ein Beispiel Planders [171] demonstriert, daß selbst auf Grund eines sichtbaren Aktes weder etwas über den Inhalt des Insichgeschäftes ausgesagt, noch ein rechtsgeschäftlicher Wille überhaupt gefolgert werden kann:

"Nimmt der Alleingesellschafter etwa in Gegenwart eines Kunden, also eines außenstehenden Dritten, ein der GmbH gehörendes Diktiergerät mit in seine Privatwohnung und läßt er es dort eine längere Zeit stehen, so ist das eine bloße Maßnahme im Rahmen der Geschäftsführung, wenn er zu Hause in seiner Funktion als Geschäftsführer Briefe an Lieferanten der GmbH diktieren will. Derselbe Akt kann aber auch etwa den Abschluß eines Leih- oder Mietvertrages zwischen ihm selbst und der Gesellschaft oder sogar die Verpfändung oder Übereignung des Gerätes dokumentieren. Will ein Gläubiger der GmbH später voll-

---

168) so Giesen, JR 1971, 505 f; Winkler, DNotZ 1970, 476 ff

169) Das bedeutet nicht, daß Schädigungen Dritter ganz ausgeschlossen sein müssen, so aber wohl Giesen, JR 1971, 506 unter 4. Auch die §§ 929 ff BGB gewähren nur einen relativen Schutz vor vorgetäuschten Vermögensübertragungen, wenn zwei normalerweise getrennte Interessen in der Absicht zusammentreffen, einen Dritten zu schädigen. Vergleichbar ist der Schutz, wenn der Abschluß und die Ausführung von Insichgeschäften in aller Regel festgestellt und überwacht werden können, vgl. auch die Begründung des RefE zu § 60 Abs. 5 Satz 3 GmbHG, und der Selbstkontrahent ein beträchtliches Risiko auf sich nimmt, bei Manipulationen entdeckt zu werden.

170) Plander, 70

171) Plander, 70; vgl. dazu auch Winkler, DNotZ 1970, 476, 482, der zu Recht auf den Widerspruch Planders hinweist, wenn dieser andererseits die Gefahren von Manipulationen für besonders groß hält.

strecken oder fällt die Gesellschaft in Konkurs, so besteht die Gefahr, daß der Gesellschafter sich darauf beruft, er habe das Gerät an sich selbst übereignet, während er es tatsächlich etwa nur als Geschäftsführer benutzt hatte."

Ähnlich wie die mehrdeutigen Kundgabeakte zum Nachweis eines Insichgeschäftes ungeeignet sind, werden die Gläubiger auch durch verschärfte Beweisanforderungen an den Selbstkontrahenten im Prozeß kaum geschützt. [172] Zwar wird sich das Gericht in Zweifelsfällen vom Alleingesellschafter die Handelsbücher vorlegen lassen (§ 45 HGB) und einem dort nicht aufgeführten Insichgeschäft die Anerkennung versagen. Auch mögen Verfälschungen des Inhalts oder der zeitlichen Vornahme in Handelsbüchern von Schriftsachverständigen regelmäßig festgestellt werden können. Die Beweisfunktion des Handelsbuches kommt den Gläubigern aber nur dann zugute, wenn sich der Alleingesellschafter auf ein für ihn günstiges Insichgeschäft beruft, das in den Handelsbüchern nicht vermerkt ist. Die Handelsbücher geben aber keine Auskunft darüber, ob der Selbstkontrahent ein eingetragenes Geschäft auch ausgeführt hat. Behauptet der Gesellschafter eine Darlehenshingabe an seine Gesellschaft oder verlangt er die Bezahlung einer Schuld, so kehrt sich das Handelsbuch zum Nachteil für die Gläubiger, wenn der Gesellschafter die Darlehenshingabe eingetragen, das Darlehen aber nicht oder nur teilweise ausbezahlt oder bereits zurückerhalten hat. Weiter sind die Gläubiger am Nachweis der Vornahme eines Insichgeschäftes dann besonders interessiert, wenn das Geschäft für sie günstig ist, auch wenn es nicht in den Handelsbüchern erscheint. Verkauft der Gesellschafter seinen Privatwagen an die Gesellschaft und entnimmt dafür das Entgelt, so kommt es für die Gläubiger darauf an, den Verkauf und die Übereignung des Wagens nachzuweisen. Zwei weitere Beispiele sollen verdeutlichen, wie selbst im Grundbuchverkehr, wo die Publizität als Eintragungspflicht ins Grundbuch Wirksamkeitsvoraussetzung [173] für Grundstücksbelastungen ist, die nur durch Mitwirkung des Grundbuchbeamten erfüllbar ist, den Nachweis der Ausführung des Insichgeschäftes nicht garantiert, bzw. wie er auch hier an unzureichenden Kundgabeakten scheitern muß.

Fall 1: Der Alleingesellschafter bestellt für sich auf dem Grundstück der Gesellschaft eine Hypothek, zahlt aber das Darlehen nicht oder nur teilweise aus. [174]

---

172) so aber Plander, 71

173) vgl. § 873 I BGB

174) Die Hypothek ist mangels Forderung nicht entstanden oder nach Rückzahlung des Darlehens zur Eigentümergrundschuld der Gesellschaft geworden, § 1163 Abs. 1 BGB. Dieser Umstand ist aber von den Gläubigern der Gesellschaft zu beweisen, wenn sie die Darlehenshingabe bestreiten wollen, vgl. Larenz, A. T., § 26 I c

Fall 2: Der Gesellschafter bestellt auf seinem oder der Gesellschaft Grundstück eine Eigentümerbriefgrundschuld, die er ohne weitere Grundbucheintragung zwischen sich und der Gesellschaft hin und her übertragen kann.

Diese Feststellung, daß die Kundgabeakte weitgehend nicht konkretisierbar sind, daß selbst durch Eintragungen in Handelsbücher und im Grundbuch die Vornahme eines Insichgeschäftes nicht nachzuweisen ist, bedeutet eine Abänderung der Verfügungsvorschriften. Verzichtet man auf die Anwendung des § 181 BGB bei der Einmanngesellschaft, so kommen Übereignungen nicht mehr durch Einigung und einen durch das entgegengesetzte Interesse des Vertragspartners konkretisierten Publizitätsakt zustande, sondern durch die Behauptung des Selbstkontrahenten, sich geeinigt zu haben und durch einen mehrdeutigen Kundgabeakt, den der Selbstkontrahent je nach Belieben als Ausdruck eines bestimmten Geschäftswillens deklariert. Dann wird aber gerade der gewissenhafte Gesellschafter manches notwendige Geschäft nicht mit sich selbst vornehmen, weil er vorher nicht weiß, ob der Nachweis der Durchführung des Insichgeschäfts gelingen wird.
Manipulationen des Alleingesellschafters können nachhaltig nur eingeschränkt werden, wenn man verlangt, daß eine bestimmte Transaktion für einen Dritten augenscheinlich gemacht wird. Begnügt man sich mit dem allgemeinen Erfordernis der Kundgabe ohne nähere Konkretisierung, [175] weil schon dann die Gefahr durch Manipulation mit Vermögensgegenständen "nicht sehr bedeutsam" [176] sei, so liegt zwischen Theorie und Praxis eine große Diskrepanz, wenn man andererseits bei Insichgeschäften "nach der Lebenserfahrung die Gefahr der Manipulation" für besonders groß hält. [177]
Statt Rechtssicherheit vorzuspiegeln ist es dann schon besser, eine gesetzliche Regelung von Verfügungen des Selbstkontrahenten zu verneinen, und sich darauf einzurichten, daß der Verkehr eben von vornherein mit der Möglichkeit von Vermögensverschiebungen rechnen muß. [178]

Der "Referentenentwurf eines Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haftung" will diesem, den Gläubigerschutz weitgehend außer Acht lassenden Zustand dadurch entgegenwirken, daß er in seinem § 60 Abs. 5 Satz 3 für In-

---

175) als ausreichende Kundgabeakte wurden von der Rechtsprechung anerkannt: Einlegung der Aktien in eine mit dem Namen des Berechtigten versehenen Schleife, RGZ 52, 130; Einlegen in einen Briefumschlag mit der Anschrift des Vertretenen, RGZ 63, 16

176) Plander, 70

177) Plander, 71

178) Krause, 633

sichgeschäfte des Alleingesellschafter-Geschäftsführers mit seiner Gesellschaft die Schriftform verlangt. Dieses Schriftformerfordernis vermindert die Gläubigergefährdung gegenüber der bisherigen Rechtslage insoweit, als sich der Alleingesellschafter zum Nachweis des Abschlusses eines Insichgeschäftes nur auf den schriftlich fixierten Vertrag berufen, nicht aber mehrdeutige Kundgabeakte nachträglich als Manifestation eines bestimmten Geschäftswillens ausgeben kann. Auf der anderen Seite hilft es dem in Beweisnot geratenen Selbstkontrahenten, ein tatsächlich vorgenommenes Insichgeschäft nachzuweisen, oder es ermöglicht in selteneren Fällen die Vornahme eines Insichgeschäftes, das nach außen nicht kenntlich gemacht werden kann. [179] Im übrigen bleiben Vermögensverschiebungen ähnlich unkontrollierbar, wie sie es beim Nachweis der Insichgeschäfte durch Handelsbucheintragungen sind. Verfälschungen der Urkunde, etwa durch Einsetzung eines höheren Schuldbetrages oder durch Rückdatierung auf einen früheren Zeitpunkt, um der Konkursanfechtung zu entgehen, werden auch hier regelmäßig aufgedeckt werden können, vorausgesetzt es besteht ein Verdacht der Unrichtigkeit. Der Alleingesellschafter läuft aber kaum Gefahr, daß seine Manipulationen entdeckt werden, wenn er schriftliche Abmachungen über Eigentumsübertragungen vorlegt, die tatsächlich nie stattgefunden haben und so Gesellschafter- oder Eigengläubigern den Zugriff auf die Sache verwehrt, oder wenn er vorsorglich Darlehenshingaben in Schriftstücken ausweist, die die Gesellschaft nie empfangen hat. Er kann sich noch weitergehend dinglich sichern, indem er eine Hypothek oder Sicherungsgrundschuld für sich oder seine Gesellschaft eintragen läßt, [180] ohne daß dem Sicherungsgeber eine adäquate Gegenleistung zugeflossen wäre. Zwar sind alle diese urkundlich ausgewiesenen Geschäfte als Scheingeschäfte nichtig (§ 117 Abs. 1 BGB). Der Gesellschafter hat mit sich nur zum Schein kontrahiert, ohne die Rechtswirkungen des Insichgeschäftes zu wollen. Diesen Scheincharakter des Geschäftes muß aber im Streitfall derjenige beweisen, der sich auf die Nichtigkeit beruft und daraus Rechtsfolgen herleitet. [181] Das ist aber im Regelfall der Gläubiger, der den verschobenen Gegenstand hat pfänden wollen und dem der Alleingesellschafter mit der Drittwiderspruchsklage (§ 771 ZPO) entgegengetreten ist. Dem außenstehenden Gläubiger ist es kaum möglich, die Nichtigkeit zu beweisen, weil er keinen Einblick in den Geschäftsbetrieb der Einmanngesellschaft hat. Deshalb geht auch der Hinweis Planders fehl, [182] bei Verdacht eines Täuschungsversuches werde eine Beweisaufnahme den Scheincharakter des Geschäftes aufdecken. Gläubigern

179) dazu OLG Hamburg, MDR 1956, 416

180) S. o. S. 32

181) Larenz, A. T., § 26 I c; Westermann bei Erman, § 117 Anm. 5

182) S. 83

gelingt es nur selten nachzuweisen, daß oft schon längere Zeit zurückliegende Geschäfte, die in der Urkunde und in den Handelsbüchern aufgezeichnet sind, überhaupt nicht oder nicht dem Vertragstext entsprechend ausgeführt worden sind. Selbst wenn in einem Einzelfall eine Manipulation nachgewiesen werden kann, ist dadurch noch kein wirksamer Gläubigerschutz erzielt. § 60 Abs. 5 Satz 3 RefE zum GmbHG ermöglicht es, den Abschluß von Insichgeschäften eindeutig festzustellen. Das Schriftformerfordernis für Insichgeschäfte bewirkt aber deshalb für die Gläubiger keinen weitergehenden Schutz vor Vermögensverschiebungen als er ohne Geltung des § 60 Abs. 5 Satz 3 RefE durch die Nachprüfung der ordnungsgemäßen Buchführung besteht, weil Gläubiger in den allermeisten Fällen nicht erkennen können, ob das Insichgeschäft auch durchgeführt oder nur vorgetäuscht wurde.

Teilweise [183] wird versucht, den Schutz der Gläubiger durch qualifizierte Kundgabeakte zu verbessern. Insichgeschäfte des Alleingesellschafter-Geschäftsführers sollen nur dann ausreichend kenntlich gemacht sein, wenn ihre Vornahme entweder einem oder mehreren Gläubigern mitgeteilt wurde oder sie durch Erklärung an ein Gericht oder einen Notar vorgenommen wurden. An Manifestationen von Insichgeschäften, die ihre Publizität nicht durch Anzeige an Dritte erfahren, kommen danach nur solche in Betracht, die der Selbstkontrahent nicht wieder unkontrollierbar rückgängig machen oder denen er nachträglich nicht einen anderen Inhalt beilegen kann. [184]
Die verschärften Publizitätserfordernisse haben gegenüber der schriftlichen Abfassung von Insichgeschäften gemäß § 60 Abs. 5 Satz 3 RefE zum GmbHG den Vorteil, daß der Alleingesellschafter einmal getätigte Rechtsgeschäfte nur durch erneute Mitteilung an Dritte wieder rückgängig machen kann, und die Gläubiger den Abschluß der Insichgeschäfte, ihren Inhalt und den Zeitpunkt des Abschlusses genau feststellen können. Anders als bei der schriftlichen Fixierung der Insichgeschäfte ist es bei einer Anzeige an Dritte nicht möglich, im vornhinein für sämtliche Vermögensgegenstände des Gesellschafters und seiner Einmanngesellschaft Übereignungsverträge oder andere Verträge beliebigen Inhalts abzufassen, von deren Existenz der Rechtsverkehr nur Kenntnis erhält, wenn der Alleingesellschafter den Zugriff eines Gläubigers in das Privat- oder Gesellschaftsvermögen durch Drittwiderspruchsklage abwehren will. Müssen Insichgeschäfte Dritten mitgeteilt werden, um gültig zu sein, so kann der Gesellschafter die Eigentumsverhältnisse nicht in der Schwebe lassen und erst bei einem bevorstehenden Gläubigerzugriff oder im Konkurs der Gesellschaft geltend machen, er habe den Gegenstand schon vor längerer Zeit auf sich übertragen.

---

183) Coing bei Staudinger, § 181 Rn 21; Siemes, 11

184) in erster Linie ist hier an Eintragungen in Geschäftsbücher zu denken.

Gegen diese verschärften Anforderungen an die Publizität wird zu Recht eingewandt, dafür bestehe im Gesetz kein hinreichender Anhaltspunkt, auch sei unklar, an welche Personen die Kundgabe erfolgen solle. [185] Abgesehen von der zweifelhaften Rechtsgrundlage vermögen aber auch die verschärften Publizitätsanforderungen Manipulationen und Schädigungen der Gläubiger nicht ernsthaft zu behindern. Gibt der dolose Gesellschafter- Geschäftsführer vor, der Gesellschaft ein Darlehen zu gewähren, oder bestellt er wegen einer angeblichen Schuld der Gesellschaft für sich eine Sicherungsgrundschuld, so kann er damit die Kapitalbasis der Gesellschaft aushöhlen oder sich für den Fall des Gesellschaftskonkurses Vorzugsrechte durch Eintragung einer Hypothek verschaffen, ohne der Gesellschaft einen adäquaten Gegenwert zu erbringen. Gläubiger und andere Personen, denen der Alleingesellschafter die Vornahme mitteilt, haben keinen ausreichenden Einblick in den Geschäftsbetrieb, um Manipulationen zu erkennen, zum anderen fehlt ihnen die Befugnis, die Durchführung der angegebenen Geschäfte, etwa die Hingabe des behaupteten Darlehens zu überwachen. [186]

---

185) Plander, 71

186) Bis zum Jahre 1969 konnte noch erörtert werden, ob die Befreiung des Vertreters vom Verbot des § 181 BGB ins Handelsregister einzutragen war oder nicht - vgl. die Kontroverse zwischen Richert und Krabbenhöft, Sp. 214 ff und das Urteil des OLG Karlsruhe vom 2. 10. 1963 in GmbH-Rdsch. 1964, 78 -.
§ 10 Abs. 2 GmbHG hatte vorgeschrieben, daß dann, wenn der Gesellschaftsvertrag besondere Bestimmungen über die Befugnis der Geschäftsführer oder der Liquidatoren zur Vertretung der Gesellschaft enthält, diese Bestimmungen in das Handelsregister einzutragen sind. Dieser die Kontroverse auslösende § 10 Abs. 2 GmbHG wurde neu gefaßt durch Gesetz vom 15. 8. 1969 und mit der Einfügung des Satzes 2 in § 10 Abs. 1 GmbHG die Nichteintragbarkeit der Befreiung von § 181 BGB klargestellt.

V. DIE GEFÄHRDUNG DER GLÄUBIGER DURCH MANIPULATIONEN DES GESELLSCHAFTER-GESCHÄFTSFÜHRERS VERBIETET EINE REDUKTION DES § 181 BGB BEI DER EINMANN-GmbH

Das Regelungsziel des § 181 BGB ist die objektiv nachzuprüfende Gültigkeit von Insichgeschäften. Mit seiner formalen Ausgestaltung setzt er auch von Dritten kontrollierbare Voraussetzungen an die Stelle einer sonst notwendigen Interessenabwägung im Einzelfall und verhindert damit eine andernfalls bestehende Ungewißheit für alle am Rechtsverkehr Beteiligten, ob der Vertreter die Kollisionslage zu einer Schädigung der Vertreteneninteressen ausgenutzt hat. Durch die Formalisierung und Gestattung kombinierende Regelung des Selbstkontrahierens hat der Gesetzgeber die Vornahme von - auch verfügenden - Insichgeschäften der Kontrolle des Geschäftsherrn unterworfen. Da der Gesetzgeber die entgegengesetzten Interessen des Vertretenen durch den gestattenden Vollmachtgeber am besten gewahrt sah, [187] ergab sich eine Interessenkonstellation bei Insichgeschäften, die der bei den Verfügungsgeschäften entspricht. [188]
Das Selbstkontrahieren führt zu einer Modifikation des Übereignungsvollzuges, insofern er vom Selbstkontrahenten allein ausgeführt wird, nicht aber soweit die Eindeutigkeit der sachenrechtlichen Zuordnung in Frage steht. Auch § 181 BGB setzt einen zweiten selbständigen Rechtsträger voraus, der in der Lage ist, seine entgegengesetzten Interessen zu verfolgen.

Die Anerkennung der Einmanngesellschaft [189] als ein selbständiges Rechtssubjekt mit identischem Gesellschaft- Geschäftsführer bedeutet, daß verschiedene rechtlich selbständige Rechtssubjekte von einem Willen gelenkt werden, der auch ihre Interessen bestimmt. Die Reduktion hat eine Durchbrechung sowohl des dem Selbstkontrahieren als auch des den Verfügungen zu Grunde liegenden Prinzips zur Folge, die Wahrnehmung der Interessen dem einzelnen Rechtssubjekt zu überlassen. Da die Interessen der Einmanngesellschaft zu denen ihres Gesellschafters nicht in Gegensatz treten können, damit auch Interessenverletzungen ausgeschlossen sind, ergeben sich hinsichtlich des Selbstkontrahierens wegen der Feststellung der inhaltlichen Gültigkeit keine Bedenken. Der Verzicht auf § 181 BGB ist aber nur möglich, wenn die Interessenidentität auch eine Nichtbeachtung der sachenrechtlichen Verfügungsnormen rechtfertigt.
Der Gefährdung der Gesellschaftsgläubiger kann nachhaltig nicht begegnet wer-

---

187) das ergibt sich aus dem Zusammenspiel von Gestattung und Formalisierung, oben S. 22 ff

188) S. o. S. 29 f

189) RGZ 68, 172, 177; 99, 232, 234; BGHZ 21, 378, 383 f; 33, 189, 191; unter 3 c

den, gleichgültig ob man für Insichgeschäfte die Schriftform verlangt oder ob man ihre Wirksamkeit von einer eindeutigen Willensmanifestation abhängig macht. Mit der Reduzierung der Gesellschafter bis auf einen entfällt die Kontrollfunktion, die die Gesellschafter gegenseitig ausübten, und die sowohl den Abschluß als auch die Durchführung von Insichgeschäften einbezog.
Nicht geändert aber hat sich die Notwendigkeit für den Rechtsverkehr die Zugehörigkeit eines Vermögensgegenstandes zum Privatvermögen des Gesellschafters oder zum Gesellschaftsvermögen ermitteln zu können. Ebensowenig die beschränkte Zugriffsmöglichkeit der Gläubiger bei der Pfändung oder im Konkurs nur auf das Gesellschaftsvermögen.

Krause [190] hat in einer Anmerkung zu BGHZ 33, 189 die Reduktion des § 181 BGB für den Bereich der Einmanngesellschaft trotz der Möglichkeit, Vermögen zu verschieben, befürwortet. Der Verkehr müsse von vornherein mit dieser Gegebenheit rechnen, weil er sich auch auf ein Verbot des Selbstkontrahierens nur bis zu einer jederzeit möglichen Satzungsänderung verlassen könne. Auch der BGH [191] verzichtet auf einen satzungsändernden Beschluß zur Befreiung vom Verbot des § 181 BGB, weil sie ohnedies nicht im Handelsregister eingetragen wird, und damit die Warnfunktion für den Verkehr gering bleibt.
Den Ausgangspunkt für diese Überlegungen bildet § 181 BGB. Formal auf die Einmanngesellschaft angewandt ergibt sich, daß der Alleingesellschafter für seine Gesellschaft die Gestattung des Selbstkontrahierens aussprechen kann. Diese Aussage kann und will § 181 BGB aber nicht treffen, jedenfalls dann nicht, wenn man die Norm nach ihrem materiellen Gehalt befragt. Die §§ 181 und 929 ff BGB stimmen in dem divergierenden Willensmoment als Korrektiv der Rechtssicherheit überein. Deshalb ist bei der Prüfung der Tatbestandsmerkmale des § 181 BGB die sachenrechtliche Zuordnung für den Fall eingeschlossen, bei dem das Selbstkontrahieren von einem Vollmachtgeber mit divergierenden Interessen gestattet wird. [192]

Für die Frage der Reduktion des § 181 BGB bei Insichgeschäften des Alleingesellschafters mit seiner Gesellschaft wird eine Rückbesinnung auf die eigentliche Funktion des Selbstkontrahierungsverbotes und die Ausnahmesituation der Einmanngesellschaft erforderlich.
§ 181 BGB ist, wie seine systematische Stellung im BGB bestätigt, eine Norm des Vertretungsrechts, [193] wo sich die divergierenden Interessen des Geschäftsherrn

190) S. 632
191) unter 3 d
192) S. o. S. 29
193) Blomeyer, 5

und des Vertreters gegenüberstehen. Bezogen auf diesen Anwendungsbereich ist der Wortlaut des § 181 BGB nicht zu weit geraten, er wird vielmehr gerade dem dargelegten Schutz des Vertretenen und des Rechtsverkehrs gerecht, wenn man beim letzteren Schutzbereich mit der Einsicht ernst macht, daß dem Rechtsverkehr, über die objektive Nachprüfbarkeit der Gültigkeit von Insichgeschäften hinaus, eine Überprüfung, ob im Einzelfall tatsächlich ein Interessenkonflikt vorliegt, erspart werden sollte. [194] Erst die Ausdehnung des § 181 BGB auf Mehrpersonengesellschaften [195] und die Entwicklung der Einmanngesellschaft [196] mit identischem Gesellschafter-Geschäftsführer ließen die Frage nach dem Verhältnis des Wortlauts des § 181 BGB und seinen Normzwecken aufkommen. Nun wird die teleologische Reduktion einer Norm durch einen später auftretenden Sonderfall nicht gehindert. [197] Bei der Einmanngesellschaft ist aber von Bedeutung, daß ihre Zulässigkeit von Anfang an heftig umstritten war, [198] und sie auch heute noch als rechtstheoretisch nicht überzeugend zu begründendes Gebilde [199] eher geduldet [200] als anerkannt ist. Einig sind sich aber Literatur [201] und Rechtsprechung [202] darin, daß die teleologische Reduktion des § 181 BGB im Bereich der Einmann-GmbH zu einer erheblichen Gefährdung der Gesellschaftsgläubiger führt, weil eine Kontrollperson fehlt, die Vermögensverschiebungen verhindern könnte. Die §§ 929 ff und § 181 BGB bezwecken zwar nicht eigens den Schutz des Rechtsverkehrs vor Vermögensverschiebungen, ihre Interessenkonstellation erfüllt aber faktisch den Schutz des Rechtsverkehrs am weitgehendsten, wie der Vergleich mit den genannten Kundmachungsmöglichkeiten

---

194) vgl. zuletzt BGHZ 56, 97 unter 3 a

195) Die herrschende Meinung bejaht eine entsprechende Anwendung des § 181 BGB auf Organe juristischer Personen, vgl. BGH NJW 1960, 2285; Schilling bei Hachenburg, Einleitung zu § 35 GmbHG und Anm. 1 ff

196) Tröster, 3 f nennt die Gründe für die Beliebtheit der Einmann-GmbH

197) Larenz, Methodenlehre, 374

198) bejahend Baumbach-Hueck, Anh. zu § 34 A 1 und 2; Kuhn, 68; Schilling bei Hachenburg, § 13 A. 1 und 2, sowie Anh. zu § 13; ablehnend Brodmann, JW 1925, 596; Feine, 425 ff; Teichmann-Koehler, § 1 Anm. 6

199) so BGHZ 21, 378

200) Siehe dazu näher unten S. 62

201) zuletzt insbes. Plander, 70 ff; vgl. auch Giesen, JR 1971, 505 f; Winkler, DNotZ 1970, 476, 481 f; Tröster, 7 m. w. Nachweisen

202) Vgl. insbes. BGHZ 33, 189; in BGHZ 56, 97 unter 3 d meint der BGH, die Anwendung des § 181 BGB hätte nur unwesentliche Bedeutung, weil der rechtliche Erfolg auch mit einem abhängigen Geschäftsführer zu erzielen sei, dazu unten S. 66 ff

zeigt, [203] so daß der Gesetzgeber auf eine spezifische Regelung verzichten konnte.
Die teleologische Reduktion ist ein Ausfluß des Gebotes, wertungsmäßig Ungleiches auch ungleich zu behandeln. Diese Ungleichheit, normalerweise auslösendes Kriterium für die Reduktion durch interessengerechtes Zuendedenken der Normzwecke, ist bei der Einmann-GmbH zugleich Ursache einer vom Gesetzgeber nicht vorgesehenen sachwidrigen Gefährdung des Rechtsverkehrs, besonders der Gesellschaftsgläubiger. Die Reduktion kann also nur bejahen, wer die Wertungsmaßstäbe für ihre Zulassung allein den in der Norm selbst enthaltenen Normzwecken entnimmt, dabei sachangemessene Ergebnisse vernachlässigt, die, zwar nicht als Normzweck, wohl aber durch die Interessenkonstellation implizit von ihr wahrgenommen werden. So weit aber § 181 BGB geeignet ist, den im GmbHG mehrfach ausgedrückten Gläubigerschutz (§§ 30, 31 GmbHG) zu verstärken, ist diesem eindeutigen gesetzgeberischen Votum, das konkrete wirtschaftliche Interessen der Gläubiger schützt, der Vorrang zu geben vor Erwägungen, bei denen es nur darum geht, methodische Prinzipien zu verfolgen, und der sehr anfechtbaren Rechtsberühmung des Alleingesellschafters, im Rechtsverkehr ungehindert seinen Interessen nachgehen zu können. [204] Die eindeutige sachenrechtliche Zuordnung ist ein Ordnungsprinzip des BGB, das den Schutz des Rechtsverkehrs verwirklicht. Bei der Reduktion des § 181 BGB im Bereich der Einmanngesellschaft kann bezüglich des Verkehrsschutzes von einer Umkehrung des Regel-Ausnahme Verhältnisses bei §§ 929 ff BGB gesprochen werden; lassen die §§ 929 ff BGB nur ausnahmsweise Manipulationen zu, so können bei der Einmanngesellschaft Manipulationen nur ausnahmsweise nachgewiesen werden. Angesichts dieser Gefährdung ist ein striktes Verbot des Selbstkontrahierens das sachgerechte Ergebnis für die Einmann-GmbH mit identischem Gesellschafter-Geschäftsführer.

Dieser Wertung kann nicht der Einwand entgegengesetzt werden, das BGB habe mit der Regelung des § 107 BGB selbst einen Raum geschaffen, in dem der gesetzliche Vertreter wegen der Abhängigkeit des Minderjährigen faktisch unkontrolliert Vermögensverschiebungen vornehmen kann. [205] Es ist schon zweifelhaft, ob der Gesetzgeber das Verhältnis des § 181 BGB zu den §§ 105 ff überhaupt bedacht hat. [206] In diesem Bereich kann die Regel-Ausnahme Beziehung des § 181 BGB sowieso nicht eingreifen, weil nur der gesetzliche Vertreter die Gestattung aussprechen könnte und dabei wieder gegen § 181 BGB verstößt. Bei der

---

203) S. o. S. 31 ff
204) S. unten S. 62 f
205) Siemes, 26; dazu auch BGHZ 59, 236 = BGH, WM 1972, 1275
206) verneinend Siemes, 27

Beurteilung der Reduktion des § 181 BGB bei Schenkungen des gesetzlichen Vertreters an seine unmündigen oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Kinder unter dem Gesichtspunkt der Vermeidung von Vermögensverschiebungen kann gerade die Gegenüberstellung mit dem Fall des selbstkontrahierenden Alleingesellschafters zu einer Klärung führen. [207]

1. § 47 Abs. 4 Satz 2 GmbHG ist nicht auf den Beschluß des Alleingesellschafters anwendbar, der ihn vom Selbstkontrahierungsverbot befreien soll

Die Klarstellung der Eigentumsverhältnisse ist im Zusammenhang mit der Entscheidung über die Zulässigkeit oder Ablehnung der teleologischen Reduktion des § 181 BGB vorzunehmen, weil diese Norm lex specialis für die Zulässigkeit des Selbstkontrahierens ist. Daraus darf aber nicht der Schluß gezogen werden, daß trotz Verneinung der Reduktion des § 181 BGB aus Gründen des Verkehrsschutzes eine Befreiung vom Verbot des Selbstkontrahierens erfolgen könne, wenn der Alleingesellschafter einen Gestattungsbeschluß fasse.

Der Verstoß gegen die einschlägigen § 47 Abs. 4 Satz 2 GmbHG sei nicht schwerwiegend, von der Anfechtung sei der Gesellschafter seiner Zustimmung wegen ausgeschlossen. [208]
Es bedarf hier keiner Auseinandersetzung über die Rechtsnatur des Gestattungsbeschlusses. Akzeptiert man die Interessenkonfrontation bei §§ 929 ff, 181 BGB als implizit die Rechtsklarheit mitbewirkendes notwendiges Ordnungselement des BGB, so ist dieses Prinzip der Disposition des Alleingesellschafters schon deshalb entzogen, weil der Einzelne nicht über Einrichtungen des Verkehrsschutzes verfügen kann.

---

207) Vgl. unten S. 77 ff

208) vgl. Winkler, DNotZ 1970, 476, 486; zur Einordnung des Gestattungsbeschlusses als Sozialakt oder Rechtsgeschäft vgl. Bartholomeyczik, ZHR 105, 293 ff; AcP 144, 289 f; ausführlich Aigner, 18 ff; auch Plander, 19 ff

T E I L 2

B. STRIKTE ANWENDUNG DES § 181 BGB AUF DIE EINMANN-GmbH ZUR SICHERUNG DES STAMMKAPITALS WEGEN DER UNKONTROLLIERBARKEIT DER INHALTLICHEN ANGEMESSENHEIT DER INSICHGESCHÄFTE

I. INTERESSENIDENTITÄT ZWISCHEN ALLEINGESELLSCHAFTER UND EINMANN-GmbH IST NICHT UNBESCHRÄNKT

Es soll nun die Prämisse des BGH [209] und der ganz herrschenden Ansicht [210] in der Literatur untersucht werden, wonach die Interessen des Alleingesellschafters zu denen der Gesellschaft nicht in Widerstreit treten können. Der von § 181 BGB primär bezweckte Schutz des Vertretenen steht dann einer teleologischen Reduktion dieser Vorschrift für Insichgeschäfte des Alleingesellschafters nicht entgegen, weil die Gesellschaft nicht durch Verletzung eigener Interessen geschädigt werden kann. Dabei läßt sich ein Interessengegensatz nicht schon deshalb bejahen, weil der Alleingesellschafter und die Einmanngesellschaft zwei selbständige Rechtssubjekte sind; [211] maßgeblich für die Beurteilung der Interessenlage ist, wieweit der Wille des Alleingesellschafters die Interessen der Gesellschaft bestimmt, und ob der Alleingesellschafter zur Verfolgung seiner geschäftlichen Ziele gleichermaßen mit Dritten und der Einmanngesellschaft kontrahieren kann, derart, daß sich Nachteile der Gesellschaft als legitime Vorteile des selbstkontrahierenden Alleingesellschafters erweisen. Da bei der Einmann-GmbH die Willensbildung der Gesellschaft mit der des Alleingesellschafter-Geschäftsführers zusammenfällt, folgert der BGH, daß sich die Interessen der Gesellschaft subjektiv stets mit den Interessen des Gesellschafters decken. Gesellschafter und Gesellschaft seien wirtschaftlich identisch, deshalb sei ihre rechtliche Selbständigkeit unbeachtlich. § 181 BGB verbiete nur, "daß die Interessen zweier verschiedener Willensträger und zweier verschiedener Vermögen von einer Person wahrgenommen werden". [212]

Die Interessen der Gesellschaft werden ausschließlich durch den Willen des Alleingesellschafters gebildet. Der Gesellschafter kann aber die Interessen der

---

209) unter 1

210) Aigner, 82, 85 ff; Berns, 70, 92 ff und GmbH-Rdsch. 1966, 229; Blomeyer, 5 und NJW 1969, 127 f; Boesebeck, 484; Plander, 35 ff; Schilling, 165; Siemes, 89 ff; Tröster, 38 ff; Zöllner, 183, 186

211) Berns, 93 f; Plander, 35; Siemes, 89

212) Siemes, 89

Gesellschaft nicht beliebig definieren, seine Befugnis ist vielmehr durch die gesetzliche Schranke der Kapitalerhaltung und Kapitalsicherung (§§ 30, 31 GmbHG) begrenzt. Hierunter fallen nicht nur das Verbot, das Stammkapital durch Auszahlungen an den Gesellschafter zu dezimieren, sondern auch Insichgeschäfte des Alleingesellschafters mit der Gesellschaft ohne äquivalente Gegenleistung des Gesellschafters. Jede Umgehung fällt unter ihr Verbot, [213] weil nur so der Schutzzweck der §§ 30, 31 GmbHG, die Erhaltung des Stammkapitals für die Gesellschaftsgläubiger, erreicht werden kann. [214]

Das Gebot der Kapitalerhaltung begründet kein eigenes Gesellschaftsinteresse, das dem des Gesellschafters entgegenstünde, [215] es dient dem Schutz der Kapitalbasis jeder Gesellschaft, die nicht durch Auszahlung an den Gesellschafter vermindert werden darf. Demnach besteht eine unbeschränkte Identität der Gesellschafter- und Gesellschaftsinteressen nur in deren Beziehungen zu Dritten, nicht aber kann der Gesellschafter sein Interesse bei Insichgeschäften mit der Gesellschaft beliebig zu dem seiner Gesellschaft machen. Nimmt der Gesellschafter in Namen der Gesellschaft ein für diese nachteiliges Geschäft mit Dritten vor, so haben die Gesellschaft und letztlich der Gesellschafter selbst die wirtschaftliche Einbuße zu erleiden. Ein Insichgeschäft des Gesellschafters mit der Gesellschaft verstößt nur dann nicht gegen das Rückzahlungsverbot gemäß § 30 GmbHG, wenn der Gesellschaft eine vollwertige Gegenleistung zufließt. Da der Gesellschafter aber besonders bei kritischem Geschäftsgang nicht selten geneigt sein wird, der Gesellschaft nur eine minderwertige Gegenleistung zukommen zu lassen, um so das Stammkapital den Gesellschaftsgläubigern zu entziehen, kann nicht davon gesprochen werden, daß sich die Interessen der Gesellschaft stets mit denen des Alleingesellschafters decken, [216] wenn auch unter den Gesellschaftsinteressen nur solche verstanden werden, die legitimerweise verwirklicht werden können. Treten die Interessen der Einmanngesellschaft dadurch auch nicht in Gegensatz zu denen des Gesellschafters, so bewirkt das Verbot der Kapitalentziehung gemäß § 30 GmbHG doch, daß der Gesellschafter seine Interessen nicht unbeschränkt durchsetzen kann. [217]

---

213) RGZ 80, 148; 133, 393; 146, 84, 92; 168, 292, 297; BGHZ 13, 49, 54; 31, 258, 266.

214) Kuhn, Haftungsprobleme, 214

215) Tröster, 40; a. A. Fabricius, 84

216) so aber der BGH unter 1

217) a. A. Grothus, GmbH-Rdsch. 1958, 17 ff, der unterscheidet, ob die Einmann-GmbH durch Amortisation, § 34 GmbHG, oder durch Erwerb weiterer Geschäftsanteile entstanden ist und dann § 181 BGB nicht anwenden will, während bei Kaduzierung, §§ 21 II, 28 GmbHG, Abandon, § 27 GmbHG

Die Kapitalerhaltung ist ein materielles Ordnungsprinzip der GmbH, [218] das die Dispositionen des Gesellschafters begrenzt. Bei Insichgeschäften zwischen Gesellschafter und Gesellschaft stehen sich also die Interessen des Gesellschafters und das Gebot der Kapitalerhaltung gegenüber, das eine Verringerung des Stammkapitals durch den Gesellschafter verhindern soll.

II. VERGLEICHBARE GEFAHRENLAGEN BEIM SCHUTZ DES VERTRETENEN UND DES STAMMKAPITALS, DIE EINE BEIBEHALTUNG DES § 181 BGB ZUR ERHALTUNG DES STAMMKAPITALS RECHTFERTIGEN

§ 181 BGB ist auf die Insichgeschäfte des Gesellschafters mit der Einmann-GmbH anzuwenden, wenn sein Regelungsziel auch der Erhaltung des Stammkapitals dienstbar gemacht werden kann, das durch Insichgeschäfte des Alleingesellschafters mit unadäquatem Leistungsaustausch gefährdet ist. Das ist dann der Fall, wenn der Grundgedanke des § 181 BGB und sein teleologisches Anliegen bei wertender Beurteilung eine Gleichbehandlung der beiden Fallgruppen rechtfertigen, [219] so daß auch bei anderer Fassung des Selbstkontrahierungsverbotes sein Schutzgedanke entsprechend herangezogen werden könnte.

1. Keine Gefährdung der Rechtssicherheit bei einer Verminderung des Stammkapitals durch den selbstkontrahierenden Gesellschafter

Der von § 181 BGB mitbezweckte Schutz des Rechtsverkehrs stimmt mit dem überein, wie er auch von den §§ 30, 31 GmbHG gehandhabt wird. Insichgeschäfte des Vertreters sind trotz Interessenverletzung gültig, wenn der Geschäftsherr das Selbstkontrahieren gestattet hat. Ebenso führt ein Verstoß gegen die §§ 30, 31 GmbHG nicht zur Ungültigkeit der Insichgeschäfte, obwohl die Minderung des Stammkapitals zugunsten der Gesellschafter verboten ist. Die Geschäfte bleiben

---

Fortsetzung der Fußn. 217) von S. 43:
und Erwerb eigener Geschäftsanteile gemäß § 33 GmbHG, die Interessen des Kaduzierten usw. zu wahren seien. Dagegen ausführlich Aigner, 85 ff; Siemes, 90 ff.

218) Kuhn, 216

219) Larenz, Methodenlehre, 374 ff

gültig, der Gesellschafter hat lediglich den ohne angemessene Gegenleistung erlangten Vorteil an die Gesellschaft zurückzugewähren, § 31 Abs. 1 GmbHG. Da die Rechtssicherheit nicht durch zweifelhafte Gültigkeit der Insichgeschäfte gefährdet wird, steht im folgenden allein die Anwendbarkeit des § 181 BGB zur Erhaltung des Stammkapitals in Frage.

2. Der Grundgedanke des primären Normzwecks des § 181 BGB fordert seine Anwendung

Die §§ 30, 31 GmbHG bezwecken den Schutz der Gesellschaftsgläubiger. Gegen eine Erweiterung dieses Schutzes durch das Verbot des § 181 BGB wird eingewandt, das Gläubigerinteresse stehe zwar typischerweise in Widerstreit zu den Belangen des Gesellschafters. Das Gesellschaftsinteresse umfasse aber nicht das Interesse der Gläubiger, um dann in einen Gegensatz zum Gesellschafterinteresse zu treten, weil eine Interessenidentität dort nicht angenommen werden könne, wo, wie im Verhältnis zwischen der Gesellschaft und ihren Gläubigern, gewöhnlich eine Interessendivergenz bestehe. [220] § 181 BGB ist keine Spezialnorm zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger. [221] Das Gesetz realisiert diesen Schutz vielmehr dadurch, daß es die Gesellschaft verpflichtet, ein Vermögen, das Stammkapital, als Haftungsgrundlage für die Gläubiger bereitzustellen. Um eine effektive Sicherung eben dieses Vermögens geht es, wenn von einer Anwendung des § 181 BGB die Rede ist, ungeachtet des hinter diesem Vermögensschutz stehenden personalen Schutzzweckes.

Die Gefährdung sowohl des Geschäftsherrn mit eigenen divergierenden Interessen als auch des Stammkapitals ergibt sich beidesmal aus Insichgeschäften des entgegengesetzt interessierten Selbstkontrahenten. Mit seinem nicht durch eine äquivalente Gegenleistung ausgeglichenen Vorteil korrespondieren eine Beeinträchtigung des Vermögens seines Geschäftsherrn und eine unerlaubte Verminderung des Stammkapitals. Diese beiden vom Gesetz als schutzbedürftig anerkannten Rechtskreise unterscheiden sich darin, daß der Geschäftsherr eigene Interes-

220) dazu Blomeyer, 5; vgl. auch Plander, 63, der einen Interessenwiderstreit zwischen Einmann-GmbH und ihrem Gesellschafter einerseits und den Gesellschaftsgläubigern andererseits konstatiert. Das Selbstkontrahierungsverbot wird aber nicht zwischen der Gesellschaft und den Gläubigern akut, sondern zwischen dem Gesellschafter und der die Gläubigerinteressen möglicherweise einbeziehenden Gesellschaft.

221) vgl. dazu unten S. 59 ff

sen verfolgt, während das Gebot der Kapitalerhaltung, gerade gegen den Gesellschafter gerichtet, nur den Bestand des Stammkapitals sichern soll. Das Selbstkontrahierungsverbot des § 181 BGB dient aber nicht dazu, eine vorgegebene Interessenlage des Vertretenen zu fördern, es hat lediglich eine Abwehrfunktion inne, die Interessenverletzungen speziell durch Insichgeschäfte verhindern soll. Geht es § 181 BGB aber nur darum, Beeinträchtigungen zu verhindern, so kann die fehlende Interessenorientierung des Stammkapitals die Nichtanwendung dieser Vorschrift nicht begründen. Der gesetzliche Schutz des Stammkapitals vor Rückzahlungen und verdeckten Rückzahlungen an den Gesellschafter ist strikter durchgeführt als der Schutz des Vollmachtgebers.
Dieser kann seinem Vertreter das Selbstkontrahieren gestatten, dagegen sind die §§ 30, 31 GmbHG im Interesse der Gesellschaftsgläubiger unabdingbar, so daß die GmbH auch bei Zustimmung aller Gesellschafter nicht über das Stammkapital disponieren kann, solange der Geschäftsbetrieb läuft.
Der Grund für die jetzige Gesetzesfassung des § 181 BGB mit seinem allgemeinen Verbot des Selbstkontrahierens war, daß man Schädigungen des Vertretenen verhindern wollte, die nur bei groben Verstoßen zur Unwirksamkeit der Insichgeschäfte geführt hätten. Dieselbe Motivation trifft aber auch bei Geschäften des Alleingesellschafters mit seiner Gesellschaft zu, wenn es darum geht, den vom Gesellschafter an die Gesellschaft gemäß § 31 Abs. 1 GmbHG zurückzuzahlenden Betrag zu ermitteln.

So sieht etwa das Körperschaftssteuergesetz in unverzinslichen Darlehen der GmbH an ihren Gesellschafter oder in der Darlehenshingabe zu Zinssätzen, die unter dem Üblichen liegen, eine verdeckte Gewinnausschüttung, die einen Rückforderungsanspruch der Gesellschaft auslöst. [222] Der Wert des dem Gesellschafter verdeckt zugewendeten Zinsvorteils unterliegt aber wegen der wechselnden Zinsverhältnisse auf dem Geld- und Kapitalmarkt immer besonderer Auseinandersetzung zwischen Steuerbehörde und Steuerpflichtigem und kann nur im Einzelfall annäherungsweise festgestellt werden. [223] Die Zinssätze für lang- und kurzfristiges Leihkapital richten sich nach Angebot und Nachfrage, sie sind von der Laufzeit, den Tilgungsbedingungen, Höhe und Charakter der Kapitalanlage abhängig. Die Schwierigkeiten, ein angemessenes Entgelt zu bestimmen, nehmen aber noch zu, wenn auch ein ungefähres Regulativ, wie die Durchschnittshöhe der Diskont- und Zinssätze der Deutschen Bundesbank, für die Zinsberechnung bei Darlehen fehlt, so daß bei Warenaustausch- und Pachtverträgen zwischen Gesellschaftern und Gesellschaft eine unzureichende Gegenleistung wegen der individuellen Kalkulationsfaktoren nur noch bei offensichtlichen Ver-

222) vgl. § 19 Ziff. 3 KStDV
223) GmbH-Rdsch. 1959, 142

stößen gegen die Kapitalerhaltung konstatierbar ist.

a) Keine Kontrollmöglichkeit einer unberechtigten Entziehung des Stammkapitals durch den Gesellschafter-Geschäftsführer

Bei § 181 BGB konnte der Interessenkonflikt hingenommen werden, weil der Geschäftsherr die vom Vertreter abgeschlossenen Insichgeschäfte kontrollieren kann und ihnen durch die Aufrechterhaltung der Gestattung gewissermaßen seine Genehmigung erteilt. Das Gesetz vertraut darauf, daß der Geschäftsherr selbst seine Interessen beobachtet. [224]
Auch bei der Mehrmanngesellschaft wird das Gesellschaftsinteresse durch den Konsens der einzelnen Gesellschafterinteressen gebildet. Das Gesellschaftsinteresse umfaßt aber das Interesse an der Erhaltung des Stammkapitals. Der einzelne Gesellschafter wacht darüber, daß seinem Mitgesellschafter nicht einseitig Kapital zurückgezahlt wird, oder er sich durch Insichgeschäfte mit der Gesellschaft unberechtigt Vorteile verschafft, die nur ihm zugute kommen, weil bei Zahlungsunfähigkeit des Mitgesellschafters auch er zur Auffüllung des geminderten Stammkapitals herangezogen werden kann. [225] Da Außenstehende keinen genügenden Einblick in den Geschäftsbetrieb haben, ist die divergierende Interessenlage der Gesellschafter das einzige Korrektiv für die Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung bei Insichgeschäften. Damit ist aber gesagt, daß nur das eigene Interesse des Mitgesellschafters an der Kapitalerhaltung einer unkontrollierbaren Verminderung des Stammkapitals entgegensteht.

In einer gegenseitigen Überwachungsfunktion der Gesellschafter liegt aber auch die Relativität der Kapitalsicherung und damit des Schutzes der Gesellschaftsgläubiger vor Dezimierung des Stammkapitals begründet. Das Gebot der Kapitalerhaltung und Kapitalsicherung scheitert dann, wenn sich die Gesellschafter darin einig sind, der Gesellschaft das Stammkapital zu entziehen. Diese Manipulationen sind weitgehend risikolos, weil der Verdacht der Verkürzung des Stammkapitals in aller Regel erst bei Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft auftaucht, und zu diesem Zeitpunkt der Nachweis einer Kapitalentnahme durch früher erfolgte nachteilige Insichgeschäfte nur noch selten möglich sein wird.

Bei der Einmanngesellschaft fehlt das Korrektiv des zweiten Gesellschafters überhaupt, so daß eine Überprüfung der Insichgeschäfte ganz entfällt. Weder geben die Handelsbücher über die einseitige Bevorzugung der Gesellschafterinteressen Auskunft, noch kann sonst eine Schmälerung des Stammkapitals nachgewiesen werden. Auch der nicht bewußt pflichtwidrig handelnde Alleingesellschafter wird

---

224) S. o. S. 29
225) vgl. § 31 Abs. 3 GmbHG

seine Gegenleistung nicht immer ausgewogen festsetzen. Ob und inwieweit den Gesellschaftsgläubigern die gesetzliche Sicherung verbleibt, hängt weitgehend vom Wohlwollen des Gesellschafters ab, ohne daß der dolose Alleingesellschafter von seinen Manipulationen abgehalten werden könnte.

Bei einer zweiten Gruppe von Insichgeschäften vermindert der dolose Alleingesellschafter das Stammkapital durch Leistungen, deren Wert in auffallendem Mißverhältnis zum Entgelt der Gesellschaft steht. Gemeint sind solche Geschäfte, bei denen die Absicht des Gesellschafters, das Stammkapital der Gesellschaft zu mindern, offenkundig ist, wenn also etwa der Gesellschafter seinen zuvor privat genutzten Wagen der Gesellschaft durch Insichgeschäfte zu einem weit überhöhten Preis überträgt. Da aber mit dem zweiten Gesellschafter auch jede Kontrollinstanz entfällt, kann ein Verstoß gegen die §§ 30, 31 GmbHG auch dann nur in Einzelfällen nachgewiesen werden, wenn das Geschäft mit den mißbräuchlichen Bedingungen in die Handelsbücher aufgenommen wird, weil die geschädigten Gesellschaftsgläubiger bei einer Reduktion des § 181 BGB für den Bereich der Einmanngesellschaft weder wissen, zu welchem Zeitpunkt der Gesellschafter den Wagen auf die Gesellschaft übereignet hat, [226] noch ob der Wagen schon vor der Übereignung abgenutzt war, oder ob die Wertminderung erst infolge des Gebrauchs für die Gesellschaft eingetreten ist. Eine Überprüfung der inhaltlichen Angemessenheit der Insichgeschäfte durch Gericht, Notar oder Gesellschaftsgläubiger, wie sie zur Feststellung des Abschlusses der Geschäfte vertreten werden kann, [227] hat keinen Anhaltspunkt im Gesetz. Sie verstieße insbesondere gegen das betriebliche Erfordernis, die Wettbewerbschancen nicht durch Offenlegung der Handelsbücher und Geschäftsusancen vor außenstehenden Dritten oder Mitkonkurrenten zu beeinträchtigen.

Schließlich ist eine völlige Absaugung des Stammkapitals durch den Alleingesellschafter möglich, wenn er die Vornahme von Insichgeschäften nur behauptet, sie aber nicht wirklich durchführt. Das trifft besonders auf Darlehensgeschäfte mit der Gesellschaft zu. Der Gesellschafter gibt vor, der Gesellschaft ein Darlehen gewährt zu haben; nach der jetzigen Rechtsprechungspraxis und überwiegenden Literaturmeinung könnte weder der Zeitpunkt der Darlehenshingabe ermittelt, [228] noch die Auszahlung des Darlehens überwacht werden. Aber auch wenn der Darlehensvertrag erst mit Kundgabe an einen Dritten oder Eintragung in die Handelsbücher gültig ist, [229] kann der dolose Gesellschafter den auszu-

226) S. o. S. 31 ff
227) S. o. S. 35 f
228) S. o. S. 32 ff
229) S. o. S. 35 f

zahlenden Betrag je nach seinen Plänen festsetzen. Er kann die Darlehensleistung nur fingieren oder aber durch eine teilweise Auszahlung den Konkurs der Gesellschaft noch etwas hinauszögern. Der Gesellschafter kann auch so weitgehende Machenschaften ohne große Gefahr der Aufdeckung vornehmen, weil ein Mitgesellschafter fehlt, der die Entziehung des Gesellschaftsvermögens verhindern könnte, die Durchführung der Insichgeschäfte für Unbeteiligte aber nicht erkenntlich ist. Die Befugnis des Alleingesellschafters, mit seiner Gesellschaft Insichgeschäfte abzuschließen, befähigt ihn, das Stammkapital der Gesellschaft beliebig zu dezimieren.

Dadurch wird aber der für die GmbH konstitutive Gedanke der Risikoverteilung auf Gesellschafter und Gesellschaftsgläubiger in sein Gegenteil verkehrt und nicht nur das Unternehmerrisiko auf die Gesellschaftsgläubiger verlagert, vielmehr wird der Gesellschafter in die Lage versetzt, die Einmanngesellschaft von Anfang an zur Schädigung der Gläubiger zu mißbrauchen. Der Risikoausgleich zwischen Gesellschaft und Gesellschaftsgläubigern wird dadurch realisiert, daß der Gesellschafter seine Haftung für die Schulden der Gesellschaft auf den Betrag des Stammkapitals beschränken kann, die Gläubiger ihrerseits auf die im Handelsregister eingetragene Höhe des Stammkapitals als Haftungsgrundlage der Gesellschaft vertrauen können. [230] Das Gesetz verankerte den Ausgleichsgedanken, indem es mit den §§ 30, 31 GmbHG eine Rückzahlung an die Gesellschafter zu Lasten der Gläubiger ausdrücklich verbot. Dabei ging es davon aus, daß das Eigeninteresse der einzelnen Gesellschafter eine ausreichende Überwachung dieses Verbotes bewerkstelligen werde. Mit der Zulassung der Einmann-GmbH entfiel die divergierende Interessenlage, die eine einseitige Verminderung des Stammkapitals durch einen Mitgesellschafter verhindern konnte. Kann aber der Bestand des Stammkapitals als konstitutives Ordnungselement der Gesellschaft [231] nicht hinreichend überwacht werden, so muß die geschäftliche Handlungsfreiheit des Alleingesellschafters beschnitten werden. Das um so mehr, als § 30 GmbHG die Rückzahlung des Stammkapitals gerade an den Gesellschafter verbietet. Entnimmt der Alleingesellschafter der Gesellschaft Teile des Stammkapitals, so muß er den Betrag auch bei Gutgläubigkeit insoweit wieder an die Gesellschaft zurückzahlen, als er zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger erforderlich ist (§ 31 Abs. 2 GmbHG).

Die einzige aussichtsreiche Gefährdung des Stammkapitals erwächst folglich durch Insichgeschäfte des Alleingesellschafters. Sie können in den Handelsbüchern ausgewiesen werden, ohne daß deshalb ein adäquater Leistungsaustausch

230) Tröster, 111
231) Kuhn, 216

überprüfbar wäre. Das Verbot des Selbstkontrahierens in § 181 BGB ist von der Intention bestimmt, die Ungewißheit zu vermeiden, ob der Vertreter seine Vertretungsmacht zum Nachteil des Vertretenen mißbraucht hat. Der Vollmachtgeber soll nicht gezwungen sein, das einzelne Insichgeschäft auf eine Verletzung seiner Interessen hin zu untersuchen, um dann gegebenenfalls die Unwirksamkeit des Geschäfts wegen fehlender Fürsorge [232)] geltend zu machen, sondern § 181 BGB verhindert durch den Ausschluß der Insichgeschäfte bereits das Entstehen eines Interessenkonfliktes und erweitert so den Schutzbereich des Vertretenen.

Bei der Mehrmanngesellschaft verstärkt die Anwendung des § 181 BGB den Schutz des Stammkapitals in derselben Weise durch den Interessengegensatz der Gesellschafter.
Der einzelne Gesellschafter kann ohne Gestattung der Gesellschaft keine Insichgeschäfte vornehmen, weil andernfalls die Mitgesellschafter in jedem Einzelfall überprüfen müßten, ob der selbstkontrahierende Gesellschafter das Gesellschaftsinteresse hinreichend gewahrt hat. Auch hier bewirkt § 181 BGB gegenüber den §§ 30, 31 GmbHG einen vorverlegten Schutz des Stammkapitals; nicht erst die Entziehung des Stammkapitals soll durch Rückzahlung des Gesellschafters ausgeglichen, sondern bereits seine Gefährdung durch ungünstige Insichgeschäfte verhindert werden.

Das Stammkapital der Einmann-GmbH ist einer Entziehung durch den Alleingesellschafter besonders zugänglich. Die unzureichenden Kontrollmöglichkeiten der Insichgeschäfte des Gesellschafters führen zu einem Leerlauf des gesetzlichen Rückzahlungsverbotes, so daß das Selbstkontrahierungsverbot den Schutz des Stammkapitals nicht erweitert, sondern erst begründet. Da der ordnungsgemäße Gebrauch der Selbstkontrahierungsbefugnis des Alleingesellschafters nicht überwacht werden kann, kann die Kapitalerhaltung nur sichergestellt werden, wenn die Reduktion des § 181 BGB unterbleibt. Die Kapitalerhaltung ist also nur zu gewährleisten, wenn diese Vorschrift angewandt und wörtlich interpretiert wird. Von dem Selbstkontrahierungsverbot kann nur dispensiert werden, solange durch den gestattenden Vollmachtgeber die Einhaltung des § 30 GmbHG überwacht werden kann.

b) Keine Gewinnentnahme aus dem Gesellschaftsvermögen durch Insichgeschäfte

§ 30 GmbHG verbietet eine Verminderung des Gesellschaftsvermögens durch die Gesellschafter nur, soweit dadurch das Stammkapital angegriffen wird. Sie

232) Protokolle, Bd. 1, 174

haben im Gegenteil einen Anspruch auf anteilsmäßige Beteiligung am Reingewinn der Gesellschaft (§ 29 GmbHG). Auf Grund der wirtschaftlichen Identität des Alleingesellschafters mit seiner Gesellschaft wird dem Gesellschafter zugestanden, seinen Privatnutzen auch durch Insichgeschäfte zu fördern, die das Gesellschaftsvermögen mindern, solange nur der Gesellschaftsgewinn davon betroffen ist. [233]

Eine Differenzierung zwischen bloß gewinnmindernden erlaubten Insichgeschäften und solchen, die schon das Stammkapital verringern und deshalb gemäß § 30 GmbHG verboten sind, schafft eine erhebliche Rechtsunsicherheit, weil die Gesellschaftsgläubiger nicht nachprüfen können, ob das Insichgeschäft das Stammkapital vermindert hat und der Einmanngesellschaft demzufolge ein Rückerstattungsanspruch gegen den Alleingesellschafter zusteht. Selbst der Gesellschafter wird nicht immer zuverlässig darüber Bescheid wissen, ob der Gesellschaft zu dem für die Berechnung der Höhe des Gesellschaftsvermögens maßgeblichen Zeitpunkt der Vornahme des Insichgeschäftes ein das Stammkapital übersteigendes Geschäftsguthaben zur Verfügung stand. Eine Bilanz, in der die finanzielle Situation der Gesellschaft ablesbar ist, wird üblicherweise nur einmal im Jahr erstellt, so daß in der Zwischenzeit eingetretene Änderungen auch vom Alleingesellschafter nicht exakt überschaubar sind. Aber auch wenn ein Gesellschaftsgewinn eindeutig festgestellt wird, müssen die Gläubiger den der Gesellschaft durch das Insichgeschäft entstandenen Nachteil ermitteln, um zu wissen, ob die Kapitalentnahme den Gewinn nicht übersteigt.
Da die Gesellschaften mbH bei Aufnahme des Geschäftsbetriebs vielfach nur mit dem Mindeststammkapital ausgestattet werden, [234] hängt der Schutz der Gläubiger bei den Insichgeschäften, die zu der Zeit ausgeführt wurden, wo die Gesellschaft noch keinen nennenswerten Gewinn erzielen konnte, von dem Nachweis ungünstiger Insichgeschäfte für die Gesellschaft ab. Gerade der dolose Alleingesellschafter wird der Gesellschaft einen Gewinn nicht überlassen, sondern durch die Insichgeschäfte das Stammkapital zu dezimieren versuchen.

Aus der Erkenntnis der wirtschaftlichen Identität von Alleingesellschafter und Einmann-GmbH folgt, daß der Gesellschafter der Gesellschaft Kapital entnehmen kann, solange er das Stammkapital nicht tangiert. Damit ist aber nicht gesagt, daß der Gesellschafter den Gesellschaftsgewinn auch durch nachteilige Insichgeschäfte abziehen kann. § 181 BGB regelt nicht die Kapitalentnahme, sondern schützt durch sein Verbot des Selbstkontrahierens das Stammkapital. Dann kann die Anwendung dieser Vorschrift auf die Einmann-GmbH nicht abgelehnt werden, weil sonst eine Gewinnentnahme durch Insichgeschäfte nicht möglich wäre. Viel-

233) Plander, 38
234) vgl. Limbach, Bd. 2, § 6, S. 35 ff mit Zahlenangaben des Statistischen Bundesamtes, S. 37

mehr kann der Gesellschafter den Gewinn nur auf dem Wege entnehmen, den das GmbHG in § 29 dafür vorsieht. Der Gesellschafter kann den Gewinn entnehmen und die Entnahme ordnungsgemäß als solche in den Handelsbüchern ausweisen, ihn aber nicht durch Insichgeschäfte entziehen.

3. Erst § 181 BGB bewirkt die Effektivität der Rechtsprechung zur Unterkapitalisierung und fördert die Durchsetzung des § 31 GmbHG

Die Gefährdung der Gesellschaftsgläubiger durch Manipulationen des selbstkontrahierenden Alleingesellschafters nimmt erheblich zu, wenn man nach einer aufkommenden Meinung in der Literatur [235] die Ausstattung der Gesellschaft mit dem gesetzlichen Mindeststammkapital nicht genügen läßt, sondern für jede Gesellschaft eine angemessene Kapitalausstattung verlangt, für die der Alleingesellschafter den Gläubigern persönlich einstehen muß, ohne sich auf eine Haftungsbeschränkung berufen zu können. Eine Unterkapitalisierung kann schon von Anfang an vorliegen, wenn das Stammkapital der Gesellschaft für ihre satzungsmäßigen Zwecke völlig unzureichend war, [236] oder wenn der Gesellschaft bei einer späteren Geschäftsausweitung kein zusätzliches Kapital zur Verfügung gestellt wurde.
Das gilt auch, wenn man mit der Rechtsprechung [237] Darlehen des Gesellschafters an die Gesellschaft, die die Unterkapitalisierung ausgleichen und die Gesellschaft vor dem Zusammenbruch bewahren sollen, als Eigenkapital behandelt, weil die GmbH nur durch den Kapitalzuwachs den Geschäftsbetrieb aufnehmen oder weiterführen konnte. Andernfalls könnte der Gesellschafter bei einem dennoch eintretenden Konkurs der Gesellschaft das Darlehen unter Hinweis auf den Fremdkapitalcharakter als Konkursforderung geltend machen.

Als Kriterium zur Feststellung der Funktion des Darlehens als Ersatz für ein ausreichendes Stammkapital zur Durchführung des Geschäftszweckes der Gesellschaft ist zu prüfen, ob der Alleingesellschafter den Geldbedarf der Gesellschaft auch

---

235) Drobnig, 47 ff; Kuhn, 216; Reinhardt, Identitätsprobleme, 591 f

236) BGHZ 31, 258, 268

237) RG JW 1938, 862; JW 1939, 229 und 355; RGZ 166, 51; BGH, BB 1958, 169; BGHZ 31, 258 ff; BGH, GmbH-Rdsch. 1963, 208 vgl. aus der Literatur Erlinghagen, 172 f; Pleyer, GmbH-Rdsch. 1960, 44 und 1963, 206 ff; auch Kamprad, 55 ff.

durch Darlehen fremder Kreditgeber hätte befriedigen können. [238] Hat der Gesellschafter die Gesellschaft von vornherein mit einem angemessenen Kapital versehen oder ihr zusätzlich zum Stammkapital ein Darlehen gewährt, so versetzt er die Gesellschaft dadurch in die Lage, in größerem Umfang am Geschäftsverkehr teilzunehmen. Dadurch wächst aber die Gefahr für die Gesellschaftsgläubiger, bei Entziehung dieses Kapitals durch den Gesellschafter geschädigt zu werden. Das Gebot der Kapitalerhaltung muß deshalb besonders auch für das betriebsnotwendige Kapital gelten, das die Aufnahme des Geschäftsbetriebs erst ermöglicht oder den Vermögensverfall der Gesellschaft verhindert hat.
Kuhn [239] betrachtet eine dem Gesellschaftszweck angemessene Kapitalbasis als Postulat des Verkehrsschutzes, weil sonst der Bestand der Gesellschaft von vornherein ganz offensichtlich gefährdet wäre, und damit jeder, der geschäftliche Beziehungen mit der Gesellschaft aufnimmt, Gefahr liefe, Verluste zu erleiden. Im Wirtschaftsverkehr habe jeder für die Risiken einzustehen, für die er verantwortlich ist. Das Unternehmerrisiko werde einseitig auf die Gesellschaftsgläubiger abgewälzt, wenn die Gesellschaft trotz kapitalintensiver Tätigkeit nur mit dem Mindeststammkapital ausgestattet sei, so daß ein unzureichendes Gesellschaftskapital die Gläubiger ebenso gefährde, wie eine verbotene Kapitalentziehung.

Für die Gesellschaftsgläubiger erhöht sich die Gefahr, finanzielle Einbußen zu erleiden, weil der Gesellschaft beidesmal, gemessen an ihren geschäftlichen Verpflichtungen, ein zu niedriges Kapital zur Verfügung steht, wenn es ihr entweder vorenthalten oder nachträglich wieder entzogen wurde. Das Gesetz sichert nur die Aufbringung des von den Gesellschaftern festzusetzenden Stammkapitals und verlangt seine Rückzahlung bei einer mißbräuchlichen Verminderung durch den Gesellschafter. Das Stammkapital wird im Handelsregister eingetragen und bietet so die Vertrauensgrundlage für die Gläubiger. Für eine weitergehende Kapitalzuführung gibt es weder eine Zusicherung des Gesellschafters noch einen Anhaltspunkt im Gesetz. [240] Eine Verpflichtung des Gesellschafters, für die Gesellschaft hinreichend Eigenkapital bereitzustellen, führte zu einer Rechtsunsicherheit für den Gesellschafter, [241] der sich auf die Haftungsbeschränkung nicht mehr verlassen könnte, und für die Gläubiger, die dem Handelsregister nicht entnehmen können, bis zu welchem Betrag die Gesellschaft haften muß. Einerseits entfiele die gesetzliche Haftungsregelung, während auf der anderen Seite unklar bliebe, ob ein Haftungsdurchgriff auf den Gesellschafter nur bei

238) BGHZ 31, 258 ff; Tröster, 114
239) S. 216
240) Tröster, 111
241) BGHZ 31, 258, 268; Tröster, 112

offensichtlicher Unterkapitalisierung möglich sein soll, [242] oder ob das Eigenkapital erst bei zweckgerechter Kapitalausstattung angemessen ist. [243]

Anders verhält es sich, wenn eine Darlehenshingabe des Gesellschafters die Aufnahme des Geschäftsbetriebes erst ermöglicht und dadurch das gesteigerte Gläubigerrisiko erzeugt, oder wenn der Konkurs der Gesellschaft hinausgezögert oder abgewendet werden kann. Hier hat der Kapitalzufluß zumindest die vorläufige Fortsetzung des Geschäftsbetriebes bewirkt und die Gläubiger zu neuen Rechtsgeschäften mit der Gesellschaft veranlaßt. Im Unterschied zu einer unterkapitalisierten Gesellschaft hat hier der Gesellschafter der Gesellschaft zusätzlich Kapital zugewandt, so daß es nicht mehr darum geht, den zweckorientierten Kapitalbedarf festzustellen, sondern nur noch den wahren Charakter des als Fremdkapital etikettierten Gesellschafterdarlehens zu bestimmen. Der Vorwurf des Institutionenmißbrauchs [244] träfe zu, wenn der Gesellschafter, ohne Rücksicht auf das für die satzungsmäßigen Gesellschaftszwecke benötigte Kapital, die Gesellschaft nur mit dem gesetzlichen Mindestkapital ausstatten und eine noch bestehende Finanzierungslücke durch Darlehen auffüllen könnte.

Mit der Behandlung der Gesellschafterdarlehen als Stammkapital erweitert der BGH [245] die Haftungsbasis der Gesellschaft bis zu dem Betrag, der zur Aufnahme des Geschäftsbetriebs erforderlich ist, gleichgültig ob die Gesellschaft das Kapital formell als Stammkapital oder als Darlehen erhalten hat. Er anerkennt dadurch einen anpassungsfähigen Risikoausgleich zwischen Gesellschaft und Gesellschaftsgläubigern, der das Risiko des Gesellschafters nicht auf das eingezahlte Kapital beschränkt, sondern bis zu einem arbeitsfähigen Eigenkapital ausdehnt. Auf diese Weise kann die Gesellschaft in größerem Umfang am Geschäftsverkehr teilnehmen, ihre Kreditgeber werden zu aufwendigeren Investitionen bewogen. Dadurch steigt aber auch die Verlustgefahr für die Gläubiger, wenn der Gesellschaft Kapital ohne entsprechende Gegenleistung entzogen wird. Der dolose Alleingesellschafter kann durch Insichgeschäfte das eben gewährte Darlehen jedenfalls zum Teil wieder an sich bringen. Da regelmäßig nur er von der schlechten Kapitallage der Gesellschaft weiß, während die Gläubiger von einem finanzkräftigen Unternehmen ausgehen, kann er seine Manipulationen so treffen, daß die Konkursreife der Gesellschaft zu einem für ihn günstigen Zeitpunkt - etwa nach einem für ihn besonders lohnenden Insichgeschäft - bekannt wird.

---

242) Kuhn, 216

243) Erlinghagen, 171; Reinhardt, Identitätsprobleme, 591, 593

244) Kuhn, 216

245) S o. S. 52

Beläßt man dem Gesellschafter die Möglichkeit, der Gesellschaft durch Insichgeschäfte betriebsnotwendiges Kapital zu entziehen, so unterläuft man die Rechtsprechung des BGH zur Unterkapitalisierung. Die von ihr bestätigte, auch dem Gesetz immanente, angepaßte Risikobeteiligung des Gesellschafters wird durch unkontrollierbare Machenschaften des selbstkontrahierenden Gesellschafters wieder vereitelt. Ebenso gilt das für die von den Gerichten [246] geforderte Rückerstattung bei Geschäften mit verdeckter Kapitalauszahlung an den Gesellschafter. Die Erstattungspflicht wird nicht wirksam, weil nachteilige Geschäftsbedingungen und unadäquate Leistungen zwischen Gesellschafter und Gesellschaft als solche gar nicht erkannt werden. [247]

a) Bei einem strikten Verbot des § 181 BGB kann der Alleingesellschafter auch erwünschte Insichgeschäfte nicht vornehmen

Verwirft man die Reduktion des § 181 BGB für den Bereich der Einmann-GmbH und verlangt ein striktes Verbot des Selbstkontrahierens für den Alleingesellschafter, das auch durch eine Satzungsänderung nicht aufhebbar ist, so kann der Gesellschafter auch "sachlich gerechtfertigte und durchaus erwünschte Geschäfte nicht mit der Gesellschaft vornehmen", [248] ohne einen anderen Geschäftsführer bestellen zu müssen. [249] Der BGH hat diese Beschränkung des Alleingesellschafters noch in BGHZ 33, 189 in Kauf genommen, um das Verbot des § 181 BGB nicht auszuhöhlen. Zum Schutz der Gläubiger akzeptierte er, daß der Alleingesellschafter einen Darlehensvertrag allein mit der Gesellschaft nicht schließen konnte, ebensowenig einen Anstellungsvertrag für sich selbst als Geschäftsführer. Der Gesellschafter konnte eine Kapitalerhöhung beschließen, die auf das erhöhte Kapital zu leistende Stammeinlage aber nicht übernehmen. Läßt man auch eine in die Satzung einzutragende Befreiung vom Verbot des § 181 BGB nicht zu, so kann der Gesellschafter der Gesellschaft weder ein echtes Darlehen gewähren, noch möglicherweise ihr ohne Dritt-Geschäftsführer das Kapital zuwenden, das an die Stelle eines ausreichenden Stammkapitals tritt.

Darlehen, die ihren Fremdkapitalcharakter behalten, kann der Gesellschafter der Gesellschaft allein nicht gewähren. Der Schutz der Gläubiger gebietet es, daß dieses weitreichende Mittel der Gläubigerschädigung wegen seiner Unkontrollierbarkeit dem Alleingesellschafter vorenthalten bleibt. Die Gläubiger können weder den Abschluß des Darlehensvertrages nachprüfen, noch seine Hingabe

246) S. o. S. 43 FN 213
247) S. o. S. 31 ff
248) BGHZ 33, 189
249) vgl. dazu unten S. 58

überwachen. [250] Andererseits kann der Gesellschafter, solange die wirtschaftlichen Verhältnisse der Gesellschaft in Ordnung sind, sich das Fremdkapital auch von einem anderen Kreditgeber beschaffen.

Das muß auch für eine solche Kapitalzufuhr gelten, die der Gesellschafter seiner Gesellschaft in Form eines Darlehens gewährt, das aber in Wirklichkeit nur ein zu niedrig bemessenes Stammkapital ersetzt. Das ist einmal der Fall, wenn durch die Gewährung des Darlehens der Konkurs der Gesellschaft vermieden werden soll oder wenn dadurch erst die Aufnahme des Geschäftsbetriebs ermöglicht wird. Stattet der Gesellschafter die Gesellschaft von vornherein mit einem so niedrigen Stammkapital aus, daß ihr Bestand offensichtlich gefährdet ist, so mißbraucht er das Institut der Kapitalgesellschaft. [251] Zwar ist das Stammkapital nach dem Gesetz eine formelle Größe, die aus Gründen der Rechtssicherheit nicht nachträglich durch Richterspruch nach dem zu erwartenden Kapitalbedarf der Gesellschaft individuell festgesetzt werden kann, auch ist der Gesellschafter zu einer arbeitsgerechten Kapitalaufstockung seiner unterkapitalisierten Gesellschaft nicht verpflichtet. [252] Geht das GmbH-Gesetz aber davon aus, daß die Gesellschaft bei der Gründung mit einem funktionsfähigen und dem Gesellschaftszweck angemessenen Stammkapital ausgestattet wird, für das mindestens zwei Gründungsgesellschafter haften, so trifft es die Intention des Gesetzes, wenn der Alleingesellschafter, nach dem Ausscheiden des haftenden Mitgesellschafters, nicht durch eine stammkapitalersetzende Darlehensleistung die Weiterführung oder Aufnahme des Geschäftsbetriebes ermöglichen und so die gesetzliche Risikoverteilung zu Lasten der Gesellschaftsgläubiger verlagern kann. Dann erweist sich der Einwand gegen dieses Ergebnis, [253] es widerspreche gerade den Interessen der Gesellschaftsgläubiger, wenn der Alleingesellschafter seine konkursreife Gesellschaft nicht durch ein Darlehen vor dem Zusammenbruch bewahren könne, als kurzschlüssig, wenn das Darlehen die Weiterführung oder Ausdehnung des Geschäftsbetriebes erlaubt, den Gläubigern aber trotz umfangreicherer Geschäftstätigkeit mit der Gesellschaft nur die Haftungsbasis des Alleingesellschafters offensteht.

Der Gesellschafter kann einen Geschäftsführervertrag nur mit einem Dritt-Geschäftsführer schließen oder abändern. Erweist sich die darin festgesetzte Vergütung im Laufe der Jahre als zu niedrig, so kann sie vom Gesellschafter-

---

250) S. o. S. 31 ff

251) Kuhn, 216

252) BGHZ 31, 258, 268 f

253) Diese Differenzierung der Zwecke einer Darlehenshingabe kommt in BGHZ 33, 189 nicht zum Ausdruck

Geschäftsführer nicht an die allgemeine Gehaltsentwicklung angeglichen werden. Solange aber der Geschäftsbetrieb erfolgreich arbeitet, kann sich der Gesellschafter am Gesellschaftsgewinn schadlos halten. 254)

Problematisch wird der Anspruch auf das im Anstellungsvertrag vereinbarte Gehalt, wenn die Vergütung das Stammkapital dezimieren würde. Übersteigt das Geschäftsführergehalt die aufgebrachte Arbeitsleistung, so verstößt es gegen das Gebot der Kapitalerhaltung und ist als verdeckte Rückzahlung an die Gesellschaft zurückzuerstatten. Aber auch wenn das Gehalt der aufgewandten Tätigkeit entspricht, darf der Gesellschafter-Geschäftsführer seine ursprünglich vereinbarte Gehaltsforderung nach herrschender Meinung wegen der besonderen Lage der Einmanngesellschaft nur soweit erfüllen, als das Stammkapital nicht davon betroffen ist. 255) Das wird in der Literatur 256) zum Teil für unbillig gehalten, weil dem Gesellschaftsvermögen mit der Arbeitskraft ein Äquivalent für das Gehalt zufließe, und der Gesellschafter jederzeit einen Dritten als Geschäftsführer bestellen könne, während er seine Arbeitskraft einem anderen Unternehmen gegen Entgelt zur Verfügung stellt. Das führe insbesondere zu einer Benachteiligung des Gesellschafter-Geschäftsführers gegenüber einem mit dem Gesellschafter nicht identischen Geschäftsführer, weil dem das vereinbarte Gehalt auch bei schlechtem Geschäftsgang verbleibe. 257)
Indessen vermag der Hinweis auf den weiterhin bestehenden Gehaltsanspruch des Dritt-Geschäftsführers nicht zu überzeugen, weil das Stammkapital gerade die Gesellschaftsgläubiger, zu denen auch er gehört, sicherstellen will. Ob der Gesellschafter-Geschäftsführer seinen Vergütungsanspruch behält, ist dem Zweck des § 30 GmbHG zu entnehmen. Diese Norm verbietet Rückzahlungen an den Gesellschafter ohne äquivalente Gegenleistung. Das Gesellschaftsvermögen wird

---

254) Während die Gewinnentnahme neben der Einkommenssteuer auch der Körperschaftssteuer unterfällt, ist das angemessene Geschäftsführergehalt als abzugsfähige Betriebsausgabe von der Körperschaftssteuer befreit. Die Einbuße des Gesellschafter-Geschäftsführers wird gemildert, wenn man bedenkt, daß nur der Unterschiedsbetrag der körperschaftssteuerlichen Belastung unterliegt, das frühere, zu niedere Gehalt weiterhin abzugsfähig bleibt. Dieser Nachteil muß dem Alleingesellschafter mit Rücksicht auf die Gläubiger zugemutet werden. Vgl. §§ 4 ff EStG; 1, 5 KStG; 19 KStDV.

255) KG JFG 1, 237; Brodmann, § 2 Anm. 8 a; § 30 Anm. 1 a; Brönner, 82; Hachenburg, § 35 Anm. 51 und Anm. zu RG JW 1926, 1967; Scholz, § 15 Anm. 62

256) Dittmar, 154; Tröster, 80 f

257) Tröster, 80

aber nicht normzweckwidrig vermindert, wenn der Gesellschaft eine entsprechende Arbeitsleistung zufließt. 258) Der Gesellschafter kann sein Gehalt aber nicht durch Insichgeschäft heraufsetzen. Dadurch wird verhindert, daß er bei geschäftlichem Niedergang seine Bezüge unangemessen erhöht. Er muß vielmehr warten, bis die Gesellschaft wieder erfolgreich arbeitet und ist dann auf den Weg der Gewinnentnahme gewiesen. 259)

Eine weitere einflußreiche Komponente für die Gesellschaftsstruktur, zu deren Änderung der Gesellschafter allein nicht tätig werden kann, ist die Kapitalerhöhung. Wie der Gesellschafter die Einmanngesellschaft nicht von vornherein begründen kann, so ist es ihm auch bei der Kapitalerhöhung zuzumuten, Strohmänner für kurze Zeit als Gesellschafter aufzunehmen, um die Anteile auf sich zu übertragen. Die Kapitalerhöhung verändert den Gesellschaftscharakter, insofern als der Risikoausgleich zwischen Gesellschafter und Gesellschaftsgläubigern neu geordnet wird. Die Gesellschaft nimmt in größerem Umfang am Rechtsverkehr teil, dadurch wächst das Risiko der Gesellschaftsgläubiger, dem wiederum das erhöhte Stammkapital als Haftungsbasis entspricht. Dem Gesellschafter können bei der Ausdehnung des Unternehmens nicht mehr Rechte zustehen, als sie das Gesetz für die Gesellschaftsgründung vorsieht. 260) Die Gesellschaftsgläubiger sind in Bezug auf die Kapitalaufbringung bei einer Erweiterung ebenso schutzbedürftig wie bei einer Neugründung. Jedenfalls ist eine Gefährdung der Gläubiger nicht wegen der andernfalls eintretenden Erschwerung der Kapitalerhöhung zu rechtfertigen, weil dadurch Bestandsinteressen der Gesellschaft mit dem Schutz der Gläubiger vermengt werden.

Darlehen mit Fremdkapitalcharakter, stammkapitalersetzende Darlehen, Kapitalerhöhung und die Änderung des Geschäftsführervertrages verändern alle die bei der Gesellschaftsgründung vom Gesetz erstrebte Risikoverteilung zwischen der Gesellschaft und den Gläubigern, indem sie entweder der Gesellschaft zusätzlich Kapital hinzufügen und damit die Erweiterung des Geschäftsbetriebes ermöglichen oder der Gesellschaft erhöhte Verpflichtungen aufbürden, ohne daß bei der Einmann-GmbH die gesetzliche Risikoverteilung durch einen zweiten mithaften-

---

258) auch die herrschende Lehre anerkennt die Arbeitskraft als Äquivalent iSd § 30 GmbHG, vgl. Baumbach-Hueck, § 30 Anm. 1, Hachenburg, § 35 Anm. 50

259) Eine Kürzung des Geschäftsführergehalts kommt erst bei Gefährdung des Bestandes der Gesellschaft in Betracht, wenn dadurch das Unternehmen erhalten werden kann (vgl. § 87 AktG).

260) so Winkler, DNotZ 1970, 476, allgemein für die Rechtsstellung des Alleingesellschafters nach Ausscheiden der Strohmänner

den Gesellschafter fortbestünde.
Bei den stammkapitalersetzenden Darlehen des Alleingesellschafters tritt neben die Risikoverlagerung noch die Möglichkeit der Manipulation des selbstkontrahierenden Alleingesellschafters hinzu, wie sie bei Darlehen allgemein eröffnet ist, so daß die Gläubiger bei allen diesen Geschäften auf eine wirksame Kontrolle angewiesen sind.

4. Der konstruktive Geschäftsbetrieb ist ein materielles Ordnungselement der Einmann-GmbH

Mit der strikten Anwendung des § 181 BGB auf die Einmann-GmbH wird ein zweites materielles Ordnungsprinzip [261] der GmbH, die Aufrechterhaltung eines konstruktiven Geschäftsbetriebes bei der Mehrmanngesellschaft zum Schutz der Gläubiger, auch für die Einmanngesellschaft dienstbar gemacht. Unter konstruktivem Geschäftsbetrieb bei der Mehrmanngesellschaft ist das Bestreben zu verstehen, die Interessen der Gesellschafter durch die Förderung des selbständigen Gesellschaftsinteresses im Wege der Gewinnerzielung zu verfolgen. Nur auf diese Weise wird das Gesellschaftsvermögen vermehrt, was wegen der wachsenden Gewinnansprüche für alle Gesellschafter gleichermaßen vorteilhaft ist. Die entgegengesetzten Interessen der Mitgesellschafter wachen darüber, daß der konstruktive Geschäftsbetrieb und durch ihn der vom Gesetz intendierte Gläubigerschutz eingehalten werden, [262] weil für die Gesellschaft nachteilige Insichgeschäfte das Gesellschaftsvermögen mindern und das Stammkapital nur zum Nutzen eines Gesellschafters gefährden.

Bei der Einmanngesellschaft wird ein konstruktiver Geschäftsbetrieb durch die Anwendung des § 181 BGB erzielt. Versagt man dem Alleingesellschafter das Selbstkontrahieren, so kann er seinen Vorteil nicht durch Entziehung des Gesellschaftsgewinns mehren und wird dadurch auch nicht zu Manipulationen bezüglich des Stammkapitals verleitet, sondern profitiert ausschließlich durch den Gewinn der Gesellschaft.
Für die Rechtsgeschäfte der Gesellschaft mit Dritten existieren Belege, deren Richtigkeit von den Geschäftspartnern im Streitfall bestätigt werden kann. Dadurch lassen sich zwar Manipulationen zur Verminderung des Stammkapitals nicht ganz unterbinden, der Alleingesellschafter kann mit Angehörigen oder willfährigen Dritten Verträge schließen, die wegen ihrer einseitigen Bevorzu-

---

261) ein weiteres materielles Ordnungsprinzip der GmbH nennt Kuhn, oben S. 44

262) S. o. S. 44 f

gung den Gesellschaftsgläubigern die Haftungsgrundlage schmälern. Aber auch dieser eingeschränkte Schutzumfang stimmt mit dem Gläubigerschutz bei der Mehrmanngesellschaft überein. [263] Die Mitgesellschafter können bei dolosem Zusammenwirken ihren persönlichen Gewinn durch das Vermogen der Gesellschaft mindernde Rechtsgeschäfte ziehen, so daß auch bei der Mehrmanngesellschaft nur ein relativer Gläubigerschutz besteht. [264]

5. §§ 30, 31 GmbHG und §§ 29 ff KO sind nur Minimalerfordernisse des Gläubigerschutzes

Stattdessen verweist der BGH [265] zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger auf die §§ 30, 31 GmbHG, die Bestimmungen des Anfechtungsgesetzes und der §§ 29 ff KO und auf die Grundsätze der Durchgriffshaftung, [266] weil den typischen Gefahren für die Gläubiger auch auf diesem Wege begegnet werden könne.

Die mit dem Verzicht auf das Verbot des § 181 BGB verbundene Verkürzung des Gläubigerschutzes kann wegen der Einschlägigkeit des § 181 BGB für die Einmanngesellschaft nur erwogen werden, wenn die vom BGH genannten Bestimmungen den Gläubigerschutz vergleichbar bewirken, ja wenn sie diese spezifischen Gläubigerschädigungen überhaupt verwehren wollen.

Die §§ 30, 31 GmbHG regeln die Kapitalerhaltung und die Rückerstattung entzogener Beträge, wenn die mißbräuchliche Verminderung des Stammkapitals einmal festgestellt ist. Sie beinhalten den für das GmbH-Recht konstitutiven Risikoausgleichsgedanken. "Diese Normen legen aber nur Minimalanforderungen des allgemeinen Gläubigerschutzes fest", [267] solange die gesetzliche Schutzvorkehrung, nämlich die gegenteilige Interessenlage bei einer Mehrmanngesellschaft, noch besteht. Entfällt diese gesetzliche Sicherung, so kann diesen Normen für den Gläubigerschutz unmittelbar nichts entnommen werden. Das GmbHG ist danach zu befragen, welches Gewicht es dem Gläubigerschutz beimißt, um zu entscheiden, ob die §§ 30, 31 GmbHG auch für die Einmann-GmbH ausreichen. [268]

---

263) S. o. S. 47

264) S. o. S. 47

265) unter 4; ebenso Aigner, 95; Plander, 66; Siemes, 85; ablehnend Giesen, JR 1971, 506 unter 4

266) Deren Betrachtung kann hier unterbleiben, weil die Durchgriffshaftung nur den Ausgleich bereits feststehender Schädigungen der Gläubiger betrifft, vgl. schon oben S. 30 FN 165

267) Giesen, JR 1971, 506 unter 4

268) S. o. S. 47

Während die §§ 30, 31 GmbHG erst wirksam werden, wenn ein Verstoß feststeht, erlaubt die gegenteilige Interessenlage bei der Mehrmanngesellschaft die Überwachung des Abschlusses und der Durchführung der Insichgeschäfte. Bei der Einmanngesellschaft liegen Manipulationen nahe, weil die Verstöße gerade nicht erkennbar sind. Deshalb muß der Gläubigerschutz bei der Transparenz der Geschäftsvorgänge einsetzen. Diesem Regelungsziel dient das Verbot des Selbstkontrahierens, weil § 181 BGB gerade unüberschaubare Konfliktslagen verhindern will, die zu Schädigungen führen können, während die §§ 30, 31 GmbHG nur eingetretene Schäden ausgleichen. Werden die manipulierenden Vorgänge bei der Durchführung von Insichgeschäften aber von § 181 BGB erfaßt, so genügt der Hinweis des BGH auf den gesellschaftsrechtlichen Minimalschutz nicht; dem geminderten Gläubigerschutz bei der Einmanngesellschaft ist mit der konsequenten Befolgung des Selbstkontrahierungsverbotes zu begegnen. [269]

Ebenso verhält es sich mit den §§ 29 ff KO und den Vorschriften des Anfechtungsgesetzes. Eine verbreitete Meinung in der Literatur [270] wendet die gegenüber den §§ 31 Nr. 1 KO und 3 Abs. 1 Nr. 1 AnfG durch die Beweislastverlegung vom anfechtenden Gläubiger auf den begünstigten Dritten gekennzeichneten §§ 31 Nr. 2 KO und 3 Abs. 1 Nr. 2 AnfG auch auf Rechtsgeschäfte zwischen der Einmann-GmbH und ihrem Alleingesellschafter an. [271] Dieser Ausweitung ist zuzustimmen, weil die §§ 31 Nr. 2 KO und 3 Abs. 2 AnfG nicht familienrechtliche Besonderheiten erfassen wollen, sondern der tatsächlichen Erfahrung Rechnung tragen, daß Vermögensverschiebungen zwischen nahen Angehörigen zum Nachteil der Gläubiger besonders naheliegen. Der Alleingesellschafter wird noch leichter geneigt sein, gläubigergefährdende Manipulationen vorzunehmen, wenn er, gleichzeitig als Geschäftsführer der GmbH, solche Rechtsgeschäfte ganz ohne Beteiligung Dritter ausführen kann. Aber auch die §§ 29 ff KO regeln nur die Wiedergutmachung eines eingetretenen und erkannten Schadens. Insichgeschäfte des Alleingesellschafters sind aber deshalb gefährlich, weil der Zeitpunkt ihrer Vornahme nicht nachgeprüft werden kann, so daß dann eine Konkursanfechtung nicht in Betracht kommt.

---

269) Giesen, JR 1971, 506 unter 3; auch Winkler, DNotZ 476, 483

270) Jaeger/Lent, § 31 Anm. 30; Mentzel/Kuhn, § 31 Anm. 24; Plander, GmbH-Rdsch. 1972, 121, 125; Scholz, GmbH, § 13 A. 8 und JW 1935, 1522; Tröster, 76 f

271) Der BGH hat in NJW 1969, 1719 für einen solchen Fall nur § 31 Nr. 1 KO in Betracht gezogen; vgl. auch Immenga, GmbH-Rdsch. 1970, 259 f

6. Dem Schutz der Gesellschaftsgläubiger gebührt der Vorrang vor der unbegrenzten Entfaltungsfreiheit der Einmann-GmbH

Ungeachtet einer Berechtigung der Reduktion des § 181 BGB nach seinen Normzwecken will Plander sie jedenfalls deshalb zulassen, weil ein "höherwertiges sonstiges Prinzip unserer Rechtsordnung" [272] die Reduktion gebiete. Seit der Anerkennung der Einmann-GmbH [273] könne sich jeder Teilnehmer am Rechtsverkehr ihrer für seine Zwecke bedienen und auf diesem Wege seine Haftung auf den eingesetzten Betrag begrenzen. Auch der BGH [274] hält es für unzulässig, die Geschäftstätigkeit der Einmann-GmbH durch § 181 BGB zu beschneiden. Sie müsse die Möglichkeit haben, sich, auch durch Insichgeschäfte, am Rechtsverkehr zu beteiligen, "soweit dies für ihre wirtschaftliche Entfaltung notwendig ist". Ein höherwertiges Prinzip, das die Reduktion des § 181 BGB begründen könnte, kennt unsere Rechtsordnung nicht, [275] es könnte allenfalls die Anerkennung der Einmann-GmbH betreffen. [276] Wohl aber gibt es andere für die Einmann-GmbH zu beachtende Grundsätze, die im Gesetz ihren Ausdruck gefunden haben. Dazu gehören der Risikoausgleich bei der GmbH und die eindeutige Zuordnung bei Vermögensübertragungen, [277] inklusive ihrer Verwirklichung. Die Spannung zwischen ihnen und der von § 181 BGB befreiten Befugnisse des Alleingesellschafters gilt es aber zu regulieren.

Der BGH meint, die Einmann-GmbH sei heute rechtlich allgemein anerkannt. Dabei vernachlässigt er die zurückhaltende Stellungnahme des Referentenentwurfes zum GmbHG von 1969, [278] wonach die Einmanngesellschaft nur wegen eines überwiegenden Bedarfs im Wirtschaftsleben geduldet wird. Wenn die Rechtsprechung die Einmanngesellschaft schon praeter legem [279] zugelassen hat, so kann das nicht bedeuten, daß deshalb auch eine Beeinträchtigung der Rechtssi-

---

272) Plander, 57

273) So das RG erstmals im Jahre 1904; vgl. RG, SeuffA Bd. 60 Nr. 216 (S. 411)

274) unter 3 c

275) Winkler, DNotZ 1970, 476, 480

276) Blomeyer, 9

277) S. o. S. 39 f

278) RefE des GmbHG von 1969 zu § 2 (S. 139); vgl. auch Geßler, BB 1969, 589, 590

279) Feine, 435 nimmt sogar Zulassung contra legem an; vgl. auch Schilling, 161, 166

cherheit und des Gläubigerschutzes hingenommen werden muß. Vielmehr hat gerade der RefE des GmbHG die jahrzehntealte Forderung [280] nach der Schaffung einer originären Einmanngesellschaft mit der Begründung abgelehnt, dafür müsse der Schutz der Gesellschaftsgläubiger völlig neu konzipiert werden. [281] In Anbetracht der gläubigerschützenden Funktion des § 181 BGB ist deshalb zwischen möglichst freier Entfaltung der Einmanngesellschaft auf der einen Seite und dem Schutz der Rechtssicherheit und der Gesellschaftsgläubiger andererseits abzuwägen. [282] Die Anwendung des § 181 BGB ist allerdings nur zu erwägen, wenn dadurch ein nennenswerter Schutz erzielt wird, [283] es ist aber verfehlt, seiner Reduktion deshalb zuzustimmen, weil die Sperre des § 181 BGB durch Bestellung eines abhängigen Dritt-Geschäftsführers oder Unterbevollmächtigten ohnedies umgangen werden könne. [284] Stattdessen sollte gerade diese Aushöhlung des § 181 BGB Anlaß bieten, seine bisherige Auslegung zu überprüfen und alle in ihm angelegten Möglichkeiten eines wirksamen Gläubigerschutzes auszuschöpfen. [285]

Die auch bei Mehrmanngesellschaften, besonders bei Familiengesellschaften eröffneten Gefahren der Gläubigerschädigungen, die ihr die Bezeichnung einer Gesellschaft mit beschränkter Hochachtung [286] eingebracht haben, dürfen nicht noch ausgedehnt werden. Sie sind bei der Einmanngesellschaft durch strikte Verbote des Selbstkontrahierens und der Beteiligung Unterbevollmächtigter [287] zu bekämpfen. Damit wird der Geschäftsbetrieb zwar eingeschränkt, der Gesellschafter darf auch sachlich erwünschte Geschäfte mit sich allein nicht vornehmen, das kann einen Zeitverlust bedeuten und verursacht zusätzliche Kosten, wenn der Gesellschafter einen Dritt-Geschäftsführer anstellt. Diese Beschränkungen werden gemildert, wenn der Gesellschafter das Selbstkontrahierungsverbot kennt und sich von vornherein darauf einstellen kann. Bedenkt man weiter, daß der Gesellschafter mit der Gesellschaftseröffnung das Risiko für die Gläubiger begründet, dann ist es angebracht, daß er die unvermeidlichen Nachteile trägt, nicht aber die Gesellschaftsgläubiger und der Rechtsverkehr. Der Schutz der Gläubiger ist bei Mehrmann- und Einmann-GmbH gleich vordringlich. Bei der Ein-

---

280) vgl. Molitor, 28 m. w. Nachweisen; Pisko, 699 ff; Wieland, 385
281) vgl. die Begründung zu § 2 des RefE; auch Geßler, 590
282) so auch Blomeyer, 9
283) Krause, 632; Plander, 57
284) BGH unter 3 d
285) Winkler, DNotZ 1970, 476, 483
286) Hueck, 233
287) vgl. dazu unten S. 70 ff

manngesellschaft entfällt mit der divergierenden Interessenlage das Regulativ zwischen Insichgeschäften und dem Gläubigerschutz, was einer Reduktion des § 181 BGB gerade entgegensteht.

TEIL 3

C. FOLGERUNGEN FÜR WEITERE ANWENDUNGSBEREICHE DER VORSCHRIFT

Der angebahnte Rechtsprechungswandel von einem rein formellen Verständnis [288] des § 181 BGB zur Wiederentdeckung seines vom Gesetzgeber implizierten materiellen Gehalts [289] nötigt zu einer Neubesinnung aller bei interessengerechter Betrachtung potentieller Anwendungsbereiche des § 181 BGB, die bei formaler Auslegung vom Verbot dieser Vorschrift ausgeschlossen waren. Besonderes Gewicht bei der Verwirklichung des eingeschlagenen materiellen Weges kommt der Frage zu, wieweit das Selbstkontrahierungsverbot aufrecht erhalten bleibt, wenn bei der Einmann-GmbH immer oder zeitweise ein im Handelsregister eingetragener, mit dem Alleingesellschafter nicht identischer, Geschäftsführer die Gesellschaft im Rechtsverkehr vertritt (§ 39 GmbHG), ob der Vertreter, ohne daß ihm der Vollmachtgeber eine Befreiung vom Verbot des § 181 BGB erteilt hat, denselben Erfolg durch Einschaltung eines den Geschäftsherrn oder ihn selbst vertretenden Untervertreters erzielen kann, und ob diese Regelung auch für den Gesellschafter-Geschäftsführer einer Einmann-GmbH gilt, der für ein einzelnes Geschäft einen Substituten bestellt. Ein Leerlauf des § 181 BGB ist nur zu vermeiden, wenn diese Geschäfte insgesamt einer zweckorientierten Auslegung untergeordnet werden. Die Reduktion des § 181 BGB wird noch bei einer zweiten Gruppe von Fällen, den Schenkungen der Eltern an ihre geschäftsunfähigen Kinder, angenommen, weil die Insichgeschäfte für den Vertretenen lediglich rechtlich vorteilhaft sind, [290] bei Interzessionsgeschäften und Zustimmungsgeschäften wird eine Ausdehnung des § 181 BGB befürwortet, weil nur so seinem primären Normzweck umfassend Rechnung getragen werde. [291]

288) im einzelnen oben S. 3 FN 16

289) Protokolle Bd. 1, 174 f; und oben S. 1

290) statt aller Schultze-v. Lasaulx bei Soergel-Siebert, § 181 Anm. 27 m. w. Nachweisen

291) Siemes, 66

I. VOM VERBOT DES § 181 BGB KANN BEI EINEM DRITTEN ALS GESCHÄFTSFÜHRER DER EINMANN-GmbH BEFREIT WERDEN

1. Das Gesetz enthält keinen Anhaltspunkt für ein besonderes Mißtrauen gegenüber dem Dritt-Geschäftsführer

Der BGH [292] unterscheidet bei der Reduktion des § 181 BGB nicht zwischen Einmanngesellschaften mit identischem Gesellschafter-Geschäftsführer und solchen mit einem im Handelsregister eingetragenen Dritt-Geschäftsführer. Daß der Alleingesellschafter jederzeit einen von ihm abhängigen Geschäftsführer bestellen kann, ist für ihn gerade Anlaß, noch verbliebene geringe Bedenken hinsichtlich einer unbeschränkten Selbstkontrahierungsbefugnis des Alleingesellschafters hintanzusetzen und der teleologischen Reduktion den Vorrang zu geben. Er befürchtet, daß der Rechtsverkehr durch den Drittgeschäftsführer nicht merklich vor Vermögensverschiebungen geschützt sein wird, weil es dem Gesellschafter nicht schwerfallen dürfte, einen ihm willfährigen Geschäftsführer zu finden. [293]

Formal gesehen wird die Gesellschaft von ihrem Dritt-Geschäftsführer vertreten, er handelt für sie im Rechtsverkehr und schließt die Verträge mit Dritten. Deshalb folgt die Gefährdung des Rechtsverkehrs und der Gesellschaftsgläubiger nicht aus Insichgeschäften des Alleingesellschafters, sondern daraus, daß der Dritt-Geschäftsführer gewünschten Manipulationen des Gesellschafters nicht entgegentritt. Durch die Mitwirkung des Dritt-Geschäftsführers ändert sich an der Interessenbeurteilung der Gesellschaft nichts, ihre Interessen treten zu denen des Alleingesellschafters nicht in Widerstreit. Ein die Reduktion des § 181 BGB hindernder Interessenkonflikt kann also nicht auftreten. Bestehen geblieben sind das Schutzbedürfnis des Rechtsverkehrs, die Eigentumsverhältnisse an Vermögensgegenständen des Gesellschafters und der Gesellschaft eindeutig klären zu können und die Gebote der Kapitalerhaltung und Kapitalsicherung. Anders als der Vertragspartner bei der Übereignung und der am Gesellschaftsgewinn partizipierende Mitgesellschafter hat der Geschäftsführer kein unmittelbares wirtschaftliches Eigeninteresse an den im Namen der Gesellschaft ausgeführten Rechtsgeschäften. Er trägt keinen Vorteil davon, wenn Privatgläubiger des Gesellschafters oder Gesellschaftsgläubigers durch eine vorgetäuschte Übereignung von der Vollstreckung in einen Gegenstand abgehalten werden, ebensowenig wenn durch Geschäfte mit dem Gesellschafter das Stammkapital vermindert

---

292) unter 3 d

293) so auch Plander, 59

wird.

Die wirtschaftlich unbeteiligte Stellung des Geschäftsführers bei diesen Geschäften bietet nicht die Sicherheit für den Rechtsverkehr, wie sie das Gesetz durch die Konfrontation der gegensätzlichen Parteiinteressen reguliert. Dieses mangelnde Eigeninteresse des Dritt-Geschäftsführers scheint für den BGH gleichbedeutend mit dem Fehlen einer Kontrollperson zu sein. Hinzu kommt in Zeiten wirtschaftlicher Rezession als erschwerend die wirtschaftliche Abhängigkeit des Geschäftsführers von dem Alleingesellschafter, der leicht geneigt sein dürfte, sich von einem ihm unliebsamen Geschäftsführer zu trennen.

Wenn man wegen des denkbaren kollusiven Zusammenwirkens von Gesellschafter und Geschäftsführer eine pflichtgemäße Förderung der Gesellschaftsbelange durch den Geschäftsführer bezweifelt und ihm eine wirksame Überwachungsfunktion allgemein abspricht, so wird der Gesichtspunkt der Abhängigkeit überbetont, die Willensfreiheit des Geschäftsführers aber unterschätzt. Insbesondere berücksichtigt man nicht, daß sich für den Geschäftsführer aus den Manipulationen kein Vorteil ergibt, dessentwegen er das Vorgehen des Gesellschafters unterstützen könnte. Begünstigt der Geschäftsführer die Manipulationen in einem Umfang, daß die Gesellschaft die Gläubigerforderungen schließlich nicht mehr befriedigen kann und verursacht so den Zusammenbruch der Gesellschaft, so verliert er obendrein seine Tätigkeit, noch belastet mit dem Odium, eine gescheiterte Gesellschaft verantwortlich geleitet zu haben. Der Geschäftsführer muß ferner nach der das Verbot der Kapitalentziehung des § 30 GmbHG ergänzenden Regelung des § 43 GmbHG für eine Verminderung des Stammkapitals durch Rückzahlungen an die Gesellschaft Ersatz leisten.
Die möglichen Begünstigungen des pflichtwidrig handelnden Geschäftsführers - sie mögen in einer Beteiligung am Gewinn des Gesellschafters oder einer höheren Vergütung bestehen - wiegen die eventuelle Minderung seines geschäftlichen Rufes und die Belastung mit der Haftpflicht für das dezimierte Stammkapital nicht auf. Es besteht demzufolge kein Anlaß zu einem allgemeinen Mißtrauen gegen Dritt-Geschäftsführer, sie könnten ihre Sorgfaltspflichten gegenüber der Gesellschaft (§ 43 Abs. 1 GmbHG) bei einem entsprechenden Ansinnen des Gesellschafters leichtfertig ignorieren, während der Gesellschafter seine dolosen Absichten einem Dritten offenbaren muß, auf dessen Stillschweigen er sich nicht verlassen kann. 294)

Auch die Beteiligung mehrerer Gesellschafter schließt eine Schädigung der Gläubiger nicht aus. 295) Erschwerend kommt hier gegenüber dem Dritt-Geschäfts-

294) Winkler, DNotZ 1970, 476, 483
295) S. o. S. 47

führer im Gegenteil noch hinzu, daß die Mitgesellschafter durch eine Reduzierung des Stammkapitals ihren privaten Vorteil mehren und am Verlust der Gesellschaftsgläubiger unmittelbar verdienen. Wäre das Mißtrauen berechtigt, wie es der BGH allgemein gegen Drittgeschäftsführer hegt, erwiese sich die Mehrmann-GmbH als ständige Gefahrenquelle für die Gläubiger.

2. Keine Erstreckung der §§ 31 Nr. 2 KO und 3 Abs. 1 Nr. 2 AnfG auf den Dritt-Geschäftsführer und dessen Angehörige

Auch die einschlägigen gesetzlichen Normen [296] befürchten Vermögensverschiebungen und sonstige Manipulationen des Schuldners zum Nachteil der Gläubiger nur mit seinem Ehegatten oder nahen Angehörigen. Diese gesetzliche Wertung wird von drei Einsichten bestimmt: Vermögensverschiebungen werden vorgenommen, um dem Schuldner den Gegenstand zu erhalten, entweder rechtlich, wenn sie nur vorgetäuscht sind oder wenigstens wirtschaftlich, bei einer Übertragung auf den Ehegatten. Zum anderen vermutet das Gesetz, daß der Schuldner seine dolosen Absichten, neben seinem Ehegatten, am ehesten nahen Verwandten anvertrauen wird. Bei ihnen hat er die niederste Hemmungsschranke zu überwinden, weil er sich zumindest auf ihr Stillschweigen verlassen kann, nicht selten werden die verwandtschaftlichen Beziehungen aber eine aktive Mitwirkung bei dem Schädigungsmanöver auslösen. Das Gesetz versucht, den Manipulationen zuvorzukommen, indem es Rechtsgeschäfte mit dem Ehegatten ganz verbietet, [297] Vermögensverschiebungen dadurch unterläuft, daß der Gläubiger auch auf das Ehegattenvermögen zugreifen kann [298] oder durch eine Beweislastumkehr, die die Anfechtung eines benachteiligenden Vertrages für die Gläubiger erleichtert. [299]

Diese Motivationen erklären, weshalb einer Ausdehnung der Konkursanfechtung auf Geschäfte einer Mehrmann-GmbH mit einem ihrer Gesellschafter oder auf Rechtsgeschäfte der Einmanngesellschaft mit ihrem Alleingesellschafter unbedenklich zugestimmt werden kann. [300] Die gläubigerschädigenden Verfügungen kommen hier unmittelbar den Gesellschaftern zugute.

---

296) vgl. §§ 1362, 1795 BGB, 31 KO, 3 Abs. 1 AnfG

297) vgl. § 1795 BGB

298) vgl. § 1362 BGB

299) §§ 3 Abs. 1 Nr. 2 AnfG, 31 Nr. 2 KO

300) S. o. S. 61

Neuerdings hat Plander [301] für die §§ 31 Abs. 2 KO und 3 Abs. 1 Nr. 2 AnfG eine Erstreckung auch auf den Dritt-Geschäftsführer und dessen Angehörige gefordert. [302] Er meint, daß der Geschäftsführer die wirtschaftlichen Verhältnisse der GmbH und des Gesellschafters kenne und, ebenso wie ein Angehöriger, die dolosen Absichten durchschauen könne. Die Schwelle der Abhängigkeit, die nach dem Zweck dieser Normen bei Ehegatten und Angehörigen besondere gesetzliche Schutzvorkehrungen für die Gläubiger verlangt, hält er wegen der engen wirtschaftlichen Verbundenheit des Geschäftsführers mit der Gesellschaft bereits für überschritten. Wenn er weiter glaubt, die Rechtssicherheit leide nicht mehr als bei jeder analogen Anwendung einer Norm, weil sich die Person des Geschäftsführers und seine Angehörigen leicht und eindeutig ermitteln ließen, so bedarf das zumindest insoweit der Einschränkung, als mit seinen Angehörigen und denen des Gesellschafters ein sehr großer Personenkreis der Anfechtung ausgesetzt ist, der anfechtungsberechtigte Gläubiger aber erst einmal einen Anhaltspunkt für das Vorliegen eines Verwandtschaftsverhältnisses besitzen muß.

Eine Erstreckung der Konkursanfechtung auf den Geschäftsführer ist nach dem Normzweck nicht gerechtfertigt. Die wirtschaftliche Abhängigkeit von Dritt-Geschäftsführer und GmbH ist durchaus nicht einseitig. Der Geschäftsführer stellt der Gesellschaft seine Arbeitskraft und seine unter Umständen erheblichen geschäftlichen Erfahrungen zur Verfügung. Allein seine Tätigkeit für die Gesellschaft rechtfertigt nicht, ihn in die gesetzliche Vorsorge einzubeziehen. Er erzielt durch die Vermögensverschiebungen keinen Gewinn, und seine persönlichen Beziehungen zum Gesellschafter sind mit verwandtschaftlichen Bindungen nicht vergleichbar. [303] Das Verbot des Selbstkontrahierens gilt für die Einmann-

---

301) GmbH-Rdsch. 1972, 121, 126; a. A. die ganz herrschende Meinung, vgl. Mentzel/Kuhn, § 31 Anm. 26; Scholz, JW 1935, 1523

302) Plander, GmbH-Rdsch. 1972, 128

303) Planders Einwand, GmbH-Rdsch. 1972, 127, der Gesetzgeber habe aus der Fülle aller möglichen Fälle, in denen Schiebungen zum Nachteil der Gläubiger naheliegen, zum Schutz der Rechtssicherheit nur die Angehörigen ausgesondert, weil sie genau bestimmbar sind, überzeugt nicht. Gerade im Handelsverkehr, wo die Bestellung eines Prokuristen oder Geschäftsführers die Eintragung im Handelsregister voraussetzt, ist eine unstreitige Feststellung der Vertretungsberechtigten möglich. Auch geht es nicht an, aus angeblichen Formulierungsschwierigkeiten des Gesetzgebers Schlüsse für die Berechtigung einer Analogie herleiten zu wollen. Die Grenze der Analogie ist aus Gründen der Rechtssicherheit bei den von Plander herangezogenen persönlichen Beziehungen zwischen Gesellschafter und Dritt-

Gesellschaft mit einem Drittgeschäftsführer. Der Alleingesellschafter kann ihm aber das Selbstkontrahieren gestatten, während der Gesellschafter-Geschäftsführer keine Insichgeschäfte vornehmen kann. Ansonsten erfüllt der Dritt-Geschäftsführer die Überwachungsfunktion für die Gläubiger.

II. DIE ERSTRECKUNG DES § 181 BGB AUF RECHTSGESCHÄFTE MIT HILFSPERSONEN

Die Frage der Zulässigkeit der Unterbevollmächtigung durch den Vertreter ist untrennbar an die materielle Neuorientierung des § 181 BGB gebunden. Sieht man in § 181 BGB nicht ein Formverbot, das allein das Zustandekommen eines Insichgeschäftes durch den Vertreter verhindern will, sondern sucht man die dahinterstehenden Normzwecke, insbesondere den Vertretenenschutz, zur Geltung zu bringen, dann ist es vordringlich, die Vereinbarkeit der Unterbevollmächtigung mit diesem Normzweck zu überprüfen, weil es dem Vertreter unschwer gelingen dürfte, den durch das Selbstkontrahierungsverbot versagten Erfolg mit einem Untervertreter zu erreichen.

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts und des BGH [304] hat die Gültigkeit der mittels eines Untervertreters getätigten Rechtsgeschäfte anerkannt und ihre Unwirksamkeit nur verbal für den Fall angedeutet, wenn das Verhalten der Beteiligten darauf hinausgehe, die Vorschrift des § 181 BGB zu umgehen, oder dem Geschäftsherrn in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise Schaden zugefügt werde. [305] Hatte der BGH in einer früheren Entscheidung [306] einem Alleingesellschafter noch unbedenklich angeraten, den gewünschten Geschäftserfolg durch Einschaltung eines Untervertreters zu erreichen, so scheint sich in dem neuen Urteil [307] ein Wandel auch in der Einschätzung dieses indirekten

---

Fortsetzung der Fußn. 303) von S. 69:
Geschäftsführer sicher überschritten. Persönliche oder freundschaftliche Verbundenheit ist für Dritte völlig unbestimmt und kann nicht die Grundlage einer gesetzlichen Sanktion bilden.

304) Ausdrücklich hatte offenbar nur RGZ 108, 405 die Bestellung von Untervertretern für zulässig erklärt, vgl. aber auch BGHZ 49, 117 und oben S. 6 FN 38

305) RGZ 108, 405

306) BGHZ 49, 117

307) BGH unter 2

Weges anzukündigen.

Die Literatur war ursprünglich der Auffassung des RG im Ergebnis, [308] teilweise auch in der Begründung [309] gefolgt. Eine entsprechende Anwendung des § 181 BGB auf die Geschäfte des Vertreters mit einem Untervertreter wurde abgelehnt, weil es für das Verbot des § 181 BGB nicht auf die widerstreitenden Interessen, sondern nur auf die Art des Zustandekommens solcher Rechtsgeschäfte ankomme, [310] auch sei der Substitut durchaus in der Lage, die Interessen seines Geschäftsherrn unbeeinflußt wahrzunehmen. [311] Andere [312] beriefen sich auf die Entstehungsgeschichte der Norm, wo nur vom Selbstkontrahieren die Rede sei oder verneinten deshalb eine analoge Anwendung, weil § 181 BGB ohnehin nicht vor jedem Mißbrauch der Vertretungsmacht seitens des Vertreters schützen wolle.

Die auch damals schon vorhandene Meinung, [313] die Unterbevollmächtigung verstoße gegen den materiellen Gehalt des § 181 BGB und bewirke die Unwirksamkeit der so entstandenen Geschäfte, hat sich heute fast einhellig durchgesetzt. [314]

Für den Vertreter gibt es zwei Varianten, wenn er das gewünschte Rechtsgeschäft mit Hilfe eines Untervertreters vornehmen will. [315] Er kann entweder einen Substituten bestellen, der den Geschäftsherrn unmittelbar vertritt, oder einen Dritten mit seiner Vertretung beauftragen, während der Hauptbevollmächtigte im Namen des Geschäftsherrn auftritt. In beiden Fällen liegt tatbestandsmäßig kein Selbstkontrahieren vor, vielmehr stehen sich Willenserklärungen verschiedener Personen gegenüber, wobei der Substitut abwechselnd den Geschäftsherrn und den Bevollmächtigten vertritt. Aus diesem konstruktiven Interessendualismus

---

308) Achilles-Greiff, § 181 Anm. 1; Dankelmann/Heinrichs bei Palandt, 30. Aufl., § 181 Anm. 2; Planck-Flad, § 181 Anm. 1 d; Schlüter, 471

309) Oertmann, § 181 BGB Anm. 3 a

310) Hesse DJ 1938, 600

311) Oertmann, § 181 Anm. 3 a

312) Schmidt, 7; Schlüter, 471

313) Boehmer, 70; Levy JW 1925, 240

314) Blomeyer, 16 f; Enneccerus-Nipperdey, § 181 III 2 (S. 1113); Flume § 48, 4 u. 5 (S. 816 ff); Siemes, 371; Coing bei Staudinger, § 181 Anm. 23 a; Schultze-v. Lasaulx bei Soergel-Siebert, § 181 Anm. 29, 31; Dankelmann/Heinrichs bei Palandt, 32. Aufl., § 181 Anm. 2 c

315) Die Bestellung eines Unterbevollmächtigten muß von der Vertretungsmacht erfaßt sein, sonst ist der Gehilfe falsus procurator und kann nicht wirksam für den Geschäftsherrn handeln, §§ 177 ff BGB

wurde auf die Nichtanwendung des § 181 BGB geschlossen, weil bei Vornahme der Geschäfte weder in der Person des Vertreters noch beim Unterbevollmächtigten ein Interessenkonflikt bestehe. [316] Der Substitut brauche Weisungen des Vertreters nicht zu befolgen, er sei nur verpflichtet, die Interessen des Geschäftsherrn zu wahren. [317]

Einer unbeeinträchtigten Interessenverfolgung durch den Substituten steht entgegen, daß er die Interessenlage des Geschäftsherrn nur aus der Darstellung des Vertreters kennenlernt. Der Substitut ist mangels eigenen Einblicks auf die Orientierung durch den Vertreter angewiesen und muß sich auf dessen Beurteilung und Bewertung eines Geschäftes verlassen. Der Substitut wird vom Vertreter eingesetzt, so daß der Geschäftsherr häufig nicht einmal etwas von der Existenz des Unterbevollmächtigten wissen wird. Es bleibt dem Vertreter auch unbenommen, einen ihm genehmen Untervertreter auszuwählen, der sich bereitwillig seiner Interessenbeurteilung anschließt.
Die Fragwürdigkeit dieses Vorgehens zeigt sich daran, daß der Geschäftsherr bei der Erlaubnis der Unterbevollmächtigung zwar selbst diesen Weg eröffnet hat, die Bestellung eines Eigenbevollmächtigten seines Vertreters aber nicht verhindern kann. In diesem letzteren Fall handelt der Untervertreter auch rechtlich im Namen und auf Weisung des Hauptvertreters, während dieser den Vollmachtgeber vertritt, so daß bei dieser Konstellation ein Interessenkonflikt bestehen bleibt, weil die Bedingungen des Rechtsgeschäfts faktisch vom Hauptvertreter festgelegt werden.

Diese Umgehungspraxis steht nicht im Einklang mit dem primären Normzweck des § 181 BGB, dem Schutz des Vertretenen vor einer Übervorteilung durch den Vertreter, sie widerspricht insbesondere der Gesetz gewordenen Fassung dieser Vorschrift. Die Entstehungsgeschichte des § 181 BGB war von der Überlegung bestimmt, dem Vertretenen bei allen Geschäften seines Vertreters eine sachgemäße Ausführung zu sichern, [318] die nicht durch die entgegengesetzten Interessen des Vertreters verfälscht wird. Der Geschäftsabschluß mit einem vom Vertreter ausgewählten Unterbevollmächtigten bringt die Interessen des Geschäftsherrn nicht ungeschmälert zur Geltung, so daß auch ein pflichtbewußter Untervertreter, ähnlich wie bei dem Tatbestandsmerkmal Fürsorge, [319] nur grobe Interessenverletzungen des Geschäftsherrn beanstanden kann. Die unzureichende

316) RGZ 56, 104; 103, 417; 108, 405; OLG Celle SJZ 1948, 311 ff
317) OLGE 12, 23 = DJZ 1905 Sp. 1123 = KGJ 30 S. A. 158; und oben S. 107 Anm. 323
318) S. o. S. 8 FN 52
319) S. o. S. 9

Repräsentierung des Geschäftsherrn durch den Untervertreter wird evident, wenn der Hauptvertreter das Rechtsgeschäft selbst abschließt und erst nachträglich durch einen Untervertreter im Namen des Vertretenen oder gar seinen Eigenbevollmächtigten genehmigen läßt. Auch hier liegt formal kein Insichgeschäft vor, weil der Vertrag erst dadurch zum Abschluß kommt, daß der Untervertreter mit seiner Genehmigung die Vertragsbedingungen für seinen jeweiligen Geschäftsherrn in seinen Willen aufnimmt.

Dieses Vorgehen erscheint angesichts der gesetzlichen Regelung des Selbstkontrahierens als völlig unannehmbar. Es eröffnet dem Hauptvertreter nicht nur zusätzliche Wege, den Geschäftsherrn zu schädigen, weil das einzelne Geschäft auch nicht am Maßstab der Fürsorge überprüfbar ist, sondern mißachtet eindeutig die in der gesetzlichen Fassung des § 181 BGB zum Ausdruck gekommene Absicht des Gesetzgebers. Gerade der Vergleich des Entwurfs mit der Gesetzesfassung dieser Norm zeigt, daß der Gesetzgeber die optimale Lösung des Selbstkontrahierens nicht in diffizileren Kriterien zur Überprüfung der Fürsorge gefunden hat, sondern, mit dem Gestattungserfordernis, der Norm eine ganz andere Ausrichtung verleihen wollte. Das grundsätzliche Selbstkontrahierungsverbot kann nur durch eine Willensentscheidung des Vertretenen aufgehoben werden. Nimmt das Gesetz damit in Kauf, daß nach erfolgter Gestattung der Interessenkonflikt, unkontrolliert durch eine einzuhaltende Fürsorge, wieder auflebt, so macht es den Bestand eines Rechtsgeschäftes zwischen dem Vertreter und dem Geschäftsherrn von dessen Willen abhängig. Dem Vertretenen soll es überlassen bleiben, ob der Erfolg einer vertraglichen Beziehung mit seinem Vertreter eintreten soll, nicht aber soll dieser Erfolg allein durch das Handeln des Vertreters ermöglicht werden.

Das Selbstkontrahierungsverbot ist eine materielle Grenze jeder Vertretungsmacht. Wird der Schutz des Vertretenen ernst genommen, dann sind alle Auswege zu unterbinden, die eine geschäftliche Verbindung zwischen Vertreter und Vertretenem ohne effektive Kontrolle des Geschäftsherrn oder eines von ihm selbst ernannten Zweitvertreters zum Ergebnis haben. Die Befugnis, einen Untervertreter zu bestellen, kann nur bedeuten, daß der Vertreter für die Geschäfte, die er auch allein hätte vornehmen können, einen Unterbevollmächtigten einsetzen kann, nicht aber eine Ausdehnung seiner bisherigen Vertretungsmacht. [320] Auch der durch die formelle Ausgestaltung gekennzeichnete neue Lösungsansatz betrifft nur den Inhalt der Insichgeschäfte, [321] nicht die daran beteiligten Personen. Mit ihm sollen Interessenkonflikte verhindert oder aber die Kontrolle ihrer sachgerechten Bewältigung durch den Geschäftsherrn sichergestellt werden

320) vgl. Enneccerus-Nipperdey, § 181 III 2 (S. 1113)
321) S. o. S. 22

Die Frage nach der Zulässigkeit der Beteiligung Unterbevollmächtigter wird durch die Formalisierung nicht beantwortet. Ihre ablehende Bescheidung ist aus den dargelegten Normzwecken und dem sie spezifizierenden Willenselement des Vertretenen zu gewinnen.

Aus dem Aufbau der Norm und dem sie konstituierenden Prinzip der Willensautonomie des Geschäftsherrn ist auch die Frage zu klären, ob ein Rechtsgeschäft unwirksam ist, das mit Hilfe eines Untervertreters getätigt wurde, der nicht eigens zur Vornahme dieses Geschäftes ernannt wurde.
Bezieht man das Verbot nur auf Geschäfte des Vertreters mit einem zeitlich kurz zuvor bestellten Substituten, weil nur in diesem Fall eine Umgehungsabsicht des § 181 BGB zu vermuten sei, [322] so negiert man das Regel-Ausnahme-Verhältnis der Norm. Der Erfolg eines Insichgeschäftes ist verboten, solange nicht der Geschäftsherr in ihn eingewilligt hat. [323] Dieses Normverständnis fördert auch die Rechtssicherheit, insofern die Nachprüfung der Gültigkeit eines Vertrages zwischen Vertretenem und Vertreter sowohl für den Geschäftsherrn als auch für außenstehende Dritte erleichtert wird. Der Vertretene kann nach der bisherigen Rechtsprechung vertragliche Beziehungen mit seinem Vertreter nicht einfach wegen der fehlenden Gestattung bestreiten, sondern er muß immer damit rechnen, durch Einschaltung eines ihm unbekannten Untervertreters Vertragspartner seines Vertreters zu werden. Auch am Geschäft nicht beteiligte Dritte, die regelmäßig von der Beteiligung einer Hilfsperson keine Kenntnis haben werden, können sich auf die Ungültigkeit des Rechtsgeschäfts nicht verlassen, auch wenn der Geschäftsherr keine Befreiung vom Selbstkontrahierungsverbot erteilt hat. Man wird die Mitwirkung eines Unterbevollmächtigten nicht mehr als Ausnahmefall betrachten können, nachdem der BGH, [324] bei unterbliebener Befreiung vom Verbot des § 181 BGB, die Einschaltung einer Hilfsperson angeraten hat, ohne zu berücksichtigen, daß gerade dadurch die von ihm begünstigte generelle Lösung Wortbekenntnis bleibt und eine "Regelung von Fall zu Fall" provoziert wird. Der Geschäftsherr und Dritte müssen jedesmal weiterhin prüfen, ob der Vertreter den Rahmen seiner Vertretungsmacht überschritten hat und das Geschäft infolge Kollusion nichtig ist. Bei einem Ausschluß der Unterbevollmächtigung können Dritte für den Regelfall die ergangene Gestattung beim Vollmachtgeber erfragen. Auch bei einem ausnahmsweise mit Hilfe eines zweiten Vertreters des Geschäftsherrn wirksam zustandegekommenen Geschäft lassen sich die Personen der Vertreter leicht durch Nachfrage beim Vertretenen ermitteln. [325]

---

322) Siemes, 39

323) oder später seine Genehmigung erteilt hat

324) BGHZ 49, 117

325) vgl. dazu Siemes, 371

Bei der Anwendung des § 181 BGB auf diese Fälle handelt es sich um keine Analogie, weil die gesetzlich geregelten Insichgeschäfte und die Herstellung rechtsgeschäftlicher Beziehungen zum Vertretenen durch Einschaltung eines Unterbevollmächtigten nicht ähnlich sind. [326] Der primäre Normzweck des § 181 BGB läßt sich nur verwirklichen, wenn dem Vertreter die Hinzuziehung von Hilfspersonen untersagt wird. Eine solche Ausdehnung des § 181 BGB über seinen Wortlaut, aber gemäß seinem Sinn, ist im Wege der teleologischen Extension möglich. [327]

Die Geschäfte eines Alleingesellschafters mit einem ad hoc bestellten Substituten sind nicht anders zu behandeln, als die Fälle der Unterbevollmächtigung. Zwar hat hier der hinter der Einmanngesellschaft stehende und sie lenkende Wille des Gesellschafters die Vornahme des Rechtsgeschäftes initiiert; da der Wille der Einmann-GmbH und der ihres Gesellschafters aber identisch sind, kann seine Zustimmung das strikte Verbot des § 181 BGB nicht aufheben, vielmehr tritt bei dieser Sachlage das zweite in § 181 BGB angelegte Element der Überwachung der Rechtsgeschäfte als allein tragfähiges in den Vordergrund. Die Kontrollfunktion wird nicht von einem divergierenden Interessenträger ausgeübt, an seine Stelle kann bei der Einmann-GmbH aber ein vom Gesetz mit einer gesellschaftserhaltenden und sie fördernden Pflichtenlage betrauter Dritt-Geschäftsführer treten. [328] Im Unterschied zu ihm ist der ad hoc Substitut nicht selbst Geschäftsführer, sondern nur Untervertreter des geschäftsführenden Alleingesellschafters. Er ist nicht verpflichtet, für ordnungsgemäße Buchführung zu sorgen (§ 41 GmbHG) und unterliegt nicht der Rückerstattungspflicht des § 43 GmbHG. Aber auch die Sorgfaltsanforderungen an den Substituten bezüglich der abzuschließenden Geschäfte sind abgeschwächt gegenüber denen des ständigen Dritt-Geschäftsführers. Da dem Substituten eigene Erfahrung und Überblick in Gesellschaftsangelegenheiten ermangeln, ist er, wie der Unterbevollmächtigte, bei der Beurteilung der Rechtsgeschäfte auf die Meinung des Gesellschafters angewiesen, so daß weder seine Stellung dem Gesellschafter gegenüber noch seine geschäftlichen Einsichten eine hinreichende Überwachung zulassen.

Die strikte Handhabung des Selbstkontrahierungsverbots bei einer Einmann-GmbH mit einem Gesellschafter-Geschäftsführer verbessert den Schutz der Gesellschaftsgläubiger gegenüber einer Mehrmanngesellschaft, insofern als dort eine Über-

326) vgl. Blömeyer, 17; a. A. Enneccerus-Nipperdey, § 181 III 2 (S. 1113); Harder, 300; Siemes, 39, die ein Analogieverhältnis annehmen

327) Canaris, 89 ff; Larenz, Methodenlehre, 374 ff

328) S. o. S. 66

prüfung der Insichgeschäfte voraussetzt, daß die Gläubiger von deren Vornahme überhaupt Kenntnis erhalten, oder aber greifbare Verdachtspunkte für die Verringerung des Stammkapitals durch unadäquate Leistungsbeziehungen bestehen. Die Zeit, in der mit einer Einmann-GmbH Insichgeschäfte nicht vorgenommen werden dürfen, ist für Gesellschaftsgläubiger auch objektiv feststellbar, sie endet mit der Eintragung eines Dritt-Geschäftsführers in das Handelsregister.

III. KEINE REDUKTION DER NORM BEI DER MEHRPERSONENGESELLSCHAFT

Die konsequente Befolgung der Normzwecke muß auch die Frage nach dem legitimen Schutzbereich des § 181 BGB bei der Mehrpersonengesellschaft beantworten. Wegen der vielfältigen Umgehungsmöglichkeiten durch Bestellung von Untervertretern ist auch für diesen Bereich angeregt worden, [329] auf die Anwendung des § 181 BGB zu verzichten, weil selbst dann das Selbstkontrahierungsverbot nicht wirksam werde, wenn gesamtvertretungsberechtigte Geschäftsführer den an einem Geschäft zwischen einigen von ihnen und der Gesellschaft unbeteiligten Geschäftsführer zur Alleinvertretung ermächtigen. [330]

Es ist eine Verkennung von Sinn und Aufgabe jeder Gesetzgebung oder Gesetzesauslegung, wenn eine Norm nicht wegen fehlender Relevanz, sondern mangels effektiver Handhabung reduziert werden soll. Nicht die Beseitigung des § 181 BGB für das Gesellschaftsrecht de lege lata oder de lege ferenda ist zu diskutieren, [331] vielmehr muß ihre verfehlte Interpretation korrigiert werden, um eine als schutzwürdig und schutzbedürftig anerkannte Rechtsposition zu behaupten.

---

329) Immenga, 215 f; Lehmann SJZ 1948, 313; Mestmäcker, 249

330) vgl. OLG Celle, SJZ 1948, 311 mit Anm. H. Lehmann; RGZ 89, 367, 373 hat von seinem konstruktiven Verständnis aus konsequent in einem ähnlichen Fall § 181 BGB angewandt, weil die Teilnahme des beteiligten Geschäftsführers auf beiden Seiten notwendig gewesen sei.

331) so aber anscheinend Blomeyer, 11

IV. DIE REDUKTION DER VORSCHRIFT BEI SCHENKUNGEN DER ELTERN AN IHRE GESCHÄFTSUNFÄHIGEN KINDER IST ZUZULASSEN

Die Diskussion über die Anwendung des § 181 BGB auf Schenkungen der Eltern an ihre geschäftsunfähigen Kinder wird, da die Interessen des Mündels durch rein vorteilhafte Geschäfte nicht verletzt werden können, [332] wesentlich von der Reichweite seines sekundären Normzweckes, des Schutzes der Rechtssicherheit, bestimmt. Da von dieser Fallgruppe nur rechtlich vorteilhafte Insichgeschäfte für den Geschäftsunfähigen betroffen sind, steht die inhaltliche Gültigkeit dieser Geschäfte nicht in Frage, entscheidend für den Rechtsverkehr ist, ob § 181 BGB auch die Vornahme von Rechtsgeschäften kenntlich machen will. [333]

Die Rechtsprechung hat auf Grund ihrer bis heute [334] bejahenden Auffassung Schenkungen des gesetzlichen Vertreters an seine unmündigen Kinder nur unter Hinzuziehung eines Pflegers für möglich gehalten. [335]
Die Literatur hatte früher der Bestellung eines Pflegers als unzweckmäßig widersprochen, vom grundsätzlich bestehenden Selbstkontrahierungsverbot durch die Annahme einer Gestattung auf Grund Gewohnheitsrechts [336] oder kraft Verkehrsübung [337] aber eine Befreiung behauptet. Ein weiterer Lösungsversuch sah in den Schenkungen die Erfüllung der den Eltern obliegenden gesetzlichen Unterhaltspflicht. [338]

Indessen vermögen alle genannten Erklärungen das Problem nicht befriedigend

---

332) vgl. dazu Lange, NJW 1955, 1339 ff; v. Lübtow, Schenkungen, 9, 17; Schultze-v. Lasaulx bei Soergel-Siebert, § 181 Anm. 18

333) Die in der Praxis viel wichtigeren Fälle der Vertretung mehrerer Mündel bei einer Erbauseinandersetzung untereinander oder mit dem gesetzlichen Vertreter werden von dieser Erörterung nicht erfaßt. Da sich hierbei häufig entgegengesetzte Interessen gegenüberstehen, läßt sich eine Reduktion des § 181 BGB nicht mit der andernfalls umständlichen Pflegerbeteiligung begründen. Vgl. dazu Coing bei Staudinger, § 181 Anm. 19 p (S. 1055) m. w. Nachweisen.

334) BGH unter 4

335) RG Warn. Rspr. 1910, Nr. 414; 1932, Nr. 200; RGZ 157, 24, 31; LG Köln MDR 1947, 197

336) vgl. Coing bei Staudinger, § 105 Anm. 4 und § 181 Anm. 19

337) Dankelmann/Heinrichs bei Palandt, 30. Aufl., § 181 Anm. 2; Schultze-v. Lasaulx bei Soergel-Siebert, § 181 Anm. 135 m. w. Nachweisen.

338) Raape, AcP 140, 352

zu lösen. Weder kann die Verkehrsübung zwingendes Recht derogieren, [339] noch kann angesichts der Meinungsverschiedenheit in Rechtsprechung und Literatur von einer allgemeinen gewohnheitsrechtlich anerkannten Rechtsauffassung gesprochen werden. [340] Bei der Erfüllung auf Grund gesetzlicher Unterhaltspflicht ist zunächst zweifelhaft, ob Schenkung und Übereignung nicht durch bloße Gebrauchsüberlassung an das unmündige Kind ersetzt werden können. [341] Bei allen drei Lösungswegen bleibt unbestimmt, ob die Schenkungen unbeschränkt [342] erlaubt sein sollen oder nur im Rahmen einer angeblichen Verkehrsüblichkeit. [343]

Diese Unsicherheiten werden neuerdings von der Literatur dadurch ausgeräumt, daß sie für Schenkungen des gesetzlichen Vertreters durch Insichgeschäfte eine teleologische Reduktion des § 181 BGB vorsieht, [344] weil diese Norm ohnehin nicht vor unkontrollierbaren Vermögensverschiebungen schützen wolle. [345] Der primäre Zweck der Norm, der Vertretenenschutz könne überhaupt nicht verletzt werden, weil es sich ausschließlich um rechtlich vorteilhafte Insichgeschäfte für das unmündige Kind handle, so daß eine Orientierung allein am Wortlaut des § 181 BGB geradezu normzweckwidrig [346] sei. Der BGH hat in seiner Entscheidung vom 19.4.1971 die Kriterien bezeichnet, die bei der teleologischen Reduktion dieser Vorschrift vorliegen müssen und käme wohl bei deren Befolgung zu einer allgemeinen Zulässigkeit von Schenkungen des selbstkontrahierenden Vertreters an seinen geschäftsunfähigen Mündel.

Das vom BGH hervorgehobene primäre gesetzgeberische Anliegen bei der formalen Ausgestaltung des § 181 BGB, die Vermeidung von Interessenkonflikten des

---

339) RG Warn. Rspr. 1910, Nr. 414; 1932, Nr. 200; RGRK-Kuhn, § 181 Anm. 24; Coing bei Staudinger, § 181 Anm. 191; a. A. Flume, § 48 VI (S. 822).

340) dazu ausführlich Aigner, 75 f

341) darauf weist zurecht Blomeyer, 13, im Anschluß an das LG Wiesbaden, FamRZ 1954, 85, 86 hin.

342) Boesebeck, 484; Larenz, Vertrag und Unrecht, 95; v. Lübtow, Schenkungen, 9, 17 und JZ 1960, 154

343) Boehmer, 53 m. w. Nachweisen; Bosch, FamRZ 1954, 85; Enneccerus-Nipperdey, § 181 III 4, FN 9

344) Blomeyer, 15; Siemes, 26 f und die unter FN 342 genannten Autoren

345) statt aller Blomeyer, 6

346) Blomeyer, 13; Larenz, Methodenlehre, 370; Siemes, 26

Selbstkontrahenten ohne Gestattung, [347] ist bei Schenkungen des gesetzlichen Vertreters beachtet, so daß das Vermögensinteresse des Kindes erst durch die teleologische Reduktion zur Geltung gebracht wird.
Entscheidend für die Zulässigkeit der Reduktion ist der Schutz des Rechtsverkehrs. Um im Einzelfall nicht nachprüfen zu müssen, ob tatsächlich ein Interessenkonflikt besteht, nennt der BGH als zweite Bedingung, daß in einem ganzen Rechtsbereich oder in einer geschlossenen Fallgruppe die Zielsetzung des § 181 BGB niemals zum Zuge kommen kann. [348] Der gesetzliche Vertreter kann für den Geschäftsunfähigen allenfalls rechtlich vorteilhafte Insichgeschäfte abschließen, bei allen anderen Geschäften mit ihm müssen die Interessen des Unmündigen nach wie vor von einem eigens bestellten Pfleger vertreten werden.

Die Übersichtlichkeit der Rechtsbeziehungen wird für Dritte dadurch beeinträchtigt, daß der Rechtsverkehr nicht mehr von der Nichtigkeit eines jeden Insichgeschäftes des gesetzlichen Vertreters ausgehen kann. Dritte müssen mit Vermögensübertragungen des selbstkontrahierenden Vertreters auf das Kind rechnen; Schenkungen beweglicher Sachen sind in der Regel rechtlich vorteilhaft, [349] mit der Schenkung eines Grundstücks kann häufiger eine persönliche Verpflichtung des Beschenkten verbunden sein, [350] die den rechtlich rein vorteilhaften Charakter des Geschäfts aufhebt.

Dieses Erschwernis bei der Nachprüfung kann aber für die Anwendung des § 181 BGB nicht ausschlaggebend sein. Wie es bei dem Gestattungserfordernis des § 181 BGB in erster Linie darauf ankommt, objektiv die Gültigkeit eines Insichgeschäftes festzustellen, so muß es auch für Insichgeschäfte des gesetzlichen

---

347) BGH unter 1; im Urteil vom 12. 9. 1972, BGHZ 59, 236, versteht der BGH die "abgeschlossene Fallgruppe" weiter und stellt inzident in den Gründen klar, daß von der Reduktion des § 181 BGB bei rechtlich lediglich vorteilhaften Insichgeschäften für den Vertretenen auch Schenkungen der Eltern an ihre minderjährigen Kinder betroffen sind.

348) unter 3 a

349) Das gilt nicht für Schenkungen unter Auflage, wohl aber für Zweckschenkungen. Die letztere Schenkungsart begründet keine Verpflichtung für den Beschenkten, sondern schafft bei seinem Untätigbleiben nur einen Rückforderungsanspruch aus § 812 I 2 Fall 2, der aber am lediglich rechtlichen Vorteil der Schenkung nichts ändert, vgl. Medicus, § 16 II 2 d (S. 149)

350) Schenkung eines mit einer Reallast belasteten Grundstücks, wodurch der Beschenkte gemäß § 1108 BGB persönlich verpflichtet wird.

Vertreters genügen, wenn bei einer Überprüfung des Schenkungsvertrages der rechtlich rein vorteilhafte Charakter objektiv ermittelt werden kann. Zwar genügt es für Dritte bei Insichgeschäften des Vormundes nicht, sich der abgegebenen Gestattung zu versichern, vielmehr müssen sie das einzelne Geschäft auf eine rechtliche Beschwerung des Unmündigen überprüfen. Die Anforderungen an die Erkennbarkeit sind aber nicht umständlicher als etwa bei Insichgeschäften des Alleingesellschafters, wenn die Einmann-GmbH in eine Mehrmanngesellschaft umgewandelt worden ist. [351]

Schwerwiegender für den Rechtsverkehr ist die mit der Reduktion verbundene und auch vom BGH [352] anerkannte Gefährdung durch Manipulationen mit Vermögensgegenständen. Der gesetzliche Vertreter kann bei der Zwangsvollstrekkung seiner Gläubiger oder im Konkurs die Übereignung eines Gegenstandes auf sein unmündiges Kind vornehmen oder nur behaupten und so einen Zugriff der Gläubiger abwehren, ohne daß die Gläubiger den für die Konkursanfechtung maßgeblichen Zeitpunkt der Übereignung oder die bloß vorgetäuschte Übertragung nachweisen könnten. [353] Der BGH hat diesem Gesichtspunkt aber selbst bei der Einmann-GmbH keine wesentliche Bedeutung beigemessen, obwohl dort wegen der Möglichkeit, Vermögensverschiebungen wechselseitig vorzunehmen, sowohl die Privat- als auch die Gesellschaftsgläubiger geschädigt werden können. Eine abschließende Beurteilung der Zulässigkeit von Insichgeschäften des gesetzlichen Vertreters ist erst möglich, wenn die für die Rechtsstellung der Geschäftsunfähigen und -beschränkten einschlägigen §§ 105 ff BGB und sonstige Prinzipien des BGB mit der Reduktion des § 181 BGB vereinbar sind. Die §§ 105 ff BGB wahren nicht nur das Vermögensinteresse Minderjähriger, sie schützen auch den Rechtsverkehr vor Vermögensverschiebungen.

§ 107 BGB postuliert für beschränkt Geschäftsfähige die Willensfreiheit bezüglich der Annahme eines rechtlich lediglich vorteilhaften Rechtsgeschäftes. Der gesetzliche Vertreter kann Vermögensgegenstände als Geschenk durch Insichgeschäft auf den Minderjährigen übertragen, wenn dieser zuvor eine dahingehende Vereinbarung mit dem gesetzlichen Vertreter getroffen hat. Der Gesetzgeber hat durch diese Regelung zugleich Insichgeschäfte mit einem Geschäftsunfähigen ausgeschlossen und damit zur Stärkung der Rechtssicherheit beigetragen. [354]

---

351) S. o. S. 13

352) unter 4

353) S. o. S. 31 ff

354) Den Motiven, vgl. bes. Mot. I, 130, ist zwar eine diesbezügliche Absicht des Gesetzgebers nicht zu entnehmen. Das kann aber nicht davon abhalten, den Schutzgehalt der Norm mit einem übergeordneten Rechtsprinzip auszufüllen.

Die Mitwirkung eines Pflegers bei Schenkungen an den Unmündigen entspricht dem sachenrechtlichen Prinzip der Offenlegung von Übereignungsgeschäften und ermöglicht eine eindeutige Feststellung des Eigentümers. Dadurch wird verhindert, daß der gesetzliche Vertreter sich des Kindes als eines zweiten Rechtsträgers für seine Interessen bedient, auf das er Vermögensgegenstände übereignen kann, um diese so seinen Gläubigern zu entziehen.

Das Schutzbedürfnis des Rechtsverkehrs vor Vermögensverschiebungen des gesetzlichen Vertreters wird auch von vielen Befürwortern der teleologischen Reduktion anerkannt, wenn sie Insichgeschäfte nur zulassen wollen, solange sie verkehrsüblich sind [355] oder den Rahmen des alltäglichen Bedarfs nicht übersteigen. [356] Hier tritt der zur Vereinfachung von sachenrechtlichen Übereignungsgeschäften entwickelte Gedanke des "Geschäfts für den, den es angeht" in Erscheinung. Bei diesen Alltagsgeschäften wurde auf die konsequente Durchführung der Publizität verzichtet, weil der Rechtsverkehr der Geringfügigkeit der Geschäfte wegen kein Interesse an der Offenlegung der Beteiligten hat. [357] Gegen die Beibehaltung des Selbstkontrahierungsverbotes aus Gründen der Rechtssicherheit ergibt sich aber aus den §§ 105 ff BGB selbst ein beachtlicher Einwand. § 107 BGB läßt Schenkungen an den beschränkt Geschäftsfähigen ohne Einschränkung zu. Die Einsichtsfähigkeit eines Siebenjährigen bietet aber keine ausreichende Kontrolle, die den gesetzlichen Vertreter von Vermögensverschiebungen abhalten könnte. [358] Zwar besteht kein Anlaß, eine Gefährdung der Gläubiger durch Insichgeschäfte des gesetzlichen Vertreters zugunsten eines Geschäftsunfähigen deshalb hinzunehmen, weil unkontrollierte Vermögensübertragungen auf beschränkt Geschäftsfähige nicht unterbunden werden können.

Den Ausschlag für eine teleologische Reduktion des § 181 BGB geben die andersartigen Beziehungen der Gläubiger zur Einmanngesellschaft und dem Alleingesellschafter einerseits und dem gesetzlichen Vertreter andererseits. Einmanngesellschaft und ihr Gesellschafter sind zwei Rechtssubjekte, die beide Eigentum erwerben und weiterübertragen können.

Der Alleingesellschafter kann je nach Geschäftsgang sich oder der Gesellschaft Vermögensgegenstände übereignen und dadurch seine Privatgläubiger und die Gesellschaftsgläubiger gefährden. Demgegenüber kann der gesetzliche Vertreter durch Insichgeschäft nur einspurig Gegenstände auf das Kind übereignen,

---

355) So die oben S. 78 FN 343 Genannten

356) Raape, AcP 140, 352

357) vgl. zum "Geschäft für den, den es angeht", Baur § 51 VII 3; v. Lübtow ZHR 112, 247; Westermann § 42 III b

358) so auch Siemes, 26

während er zur Rückübertragung einen Pfleger bestellen muß. Der gesetzliche Vertreter kann, auch wenn die Mitwirkung eines Pflegers erforderlich bleibt, wichtige Vermögensgegenstände vorbeugend auf den Geschäftsunfähigen übertragen, ehe noch ein Zugriff der Gläubiger droht. Ergibt sich somit keine nachhaltige Besserstellung des Rechtsverkehrs durch die Anwendung des § 181 BGB, so muß seinem, die Reduktion fordernden, primären Normzweck der Vorzug gegeben werden.

1. Die teleologische Reduktion des § 181 BGB bei Geschäften, die dem Vertretenen lediglich einen rechtlichen Vorteil bringen, ist zuzulassen

Mit seiner Entscheidung vom 27.9.1972 hat der BGH [359] seinen in BGHZ 56, 97 f eingeleiteten Verständniswandel bestätigt und um einen wichtigen Schritt vorangeführt, indem er jetzt alle Insichgeschäfte vom Verbot des § 181 BGB ausnehmen will, die dem Vertretenen lediglich einen rechtlichen Vorteil bringen.

Die Belange des Vertretenen werden durch solche Geschäfte nicht gefährdet, weil ein Interessenkonflikt nicht auftreten kann, sie fördern vielmehr gerade seine Vermögensinteressen. Der BGH sieht auch die Rechtssicherheit nicht beeinträchtigt, auch nicht soweit § 181 BGB der Erleichterung der Nachweisbarkeit der inhaltlichen Gültigkeit der Insichgeschäfte dient, weil die lediglich vorteilhaften Insichgeschäfte ebenso eine geschlossene, abgegrenzte Fallgruppe bildeten, wie diejenigen des Alleingesellschafters mit seiner GmbH. Während aber bei der Einmann-GmbH nach der Vorstellung des BGH alle Insichgeschäfte, unabhängig davon, ob die Geschäfte adäquate Gegenleistungen vorsehen, oder ob sie den Gesellschafter oder die Gesellschaft einseitig bevorzugen, gültig sein sollen, muß nach der neuen Entscheidung jedes Insichgeschäft auf seinen rechtlich lediglich vorteilhaften Charakter hin untersucht werden. Die Unsicherheiten für den Rechtsverkehr, die sich bei der Einmann-GmbH daraus ergeben, daß weder Zeitpunkt noch Inhalt eines Insichgeschäfts nachgewiesen werden können, werden jetzt auch auf Insichgeschäfte mit entgegengesetzt interessierten Vertragspartnern ausgedehnt. Die Entscheidung des BGH sprengt auch die Gleichbehandlung von Einzelvertretung und der Vertretung mehrerer Geschäftsherrn durch einen Vertreter, wie sie in § 181 BGB zusammengefaßt ist und bislang einheitlich judiziert werden konnte.

---

359) WM 1972, 1275 = BGHZ 59, 236; vgl. auch Dankelmann/Heinrichs bei Palandt, 32. Aufl., § 181 Anm. 2 c

Es trifft demnach nicht zu, daß die Reduktion des § 181 BGB bei rechtlich lediglich vorteilhaften Geschäften seine beiden Normzwecke erst richtig zur Geltung bringe. Es sollte zugegeben werden, daß gerade die Erleichterung der Nachprüfbarkeit für den Rechtsverkehr, die die Norm mit ihrer Formalisierung ursprünglich beabsichtigte, mit dieser Entscheidung endgültig aufgehoben wurde. Wenn dem Urteil gleichwohl zuzustimmen ist, so liegt das an der schon oben [360] erkannten Unmöglichkeit, die leichtere Nachprüfbarkeit von Insichgeschäften zu einem Kriterium für die Reduktion des § 181 BGB zu machen, zum anderen daran, daß die Gültigkeit von Insichgeschäften für den Rechtsverkehr nach wie vor objektiv feststellbar bleibt.

Eine weitere Auswirkung wird sich für § 107 BGB ergeben. War hier bislang die vertragliche Einigung mit dem Minderjährigen Wirksamkeitsvoraussetzung der Schenkung, so hat diese Norm nunmehr allein die Klarstellungsfunktion, daß Schenkungen an den Minderjährigen per se gültig sind und allein vom gesetzlichen Vertreter bewirkt werden können.

V. KEINE ANALOGE ANWENDUNG DES § 181 BGB AUF INTERZESSIONSGESCHÄFTE

Die Abkehr der Rechtsprechung von der wortgetreuen Auslegung des § 181 BGB aktualisiert die innerhalb der Literatur stattfindende Auseinandersetzung, ob die Anwendung des § 181 BGB weiterhin auf vertragliche Beziehungen zwischen Vertreter und Vertretenem zu beschränken ist, oder ob dem Selbstkontrahierungsverbot ein allgemeiner Rechtsgedanke zu entnehmen ist, der immer auch dann eingreift, wenn der Vertreter Rechtsgeschäfte im Namen seines Geschäftsherrn mit Dritten abschließt, die wirtschaftlich allein dem Vorteil des Vertreters dienen. [361] Der Reduktion des § 181 BGB bei einer ausschließlich im Interesse des Vertretenen liegenden Fallgruppe von Insichgeschäften entspräche dann die Erweiterung bei einer ausschließlich im Interesse des Vertreters liegenden Fallgruppe von Rechtsgeschäften des Vertretenen mit Dritten.
Bei diesen Interzessionsgeschäften liegt tatbestandsmäßig kein Selbstkontrahieren des Vertreters vor, weil immer ein außenstehender Dritter als Vertragspartei beteiligt ist, ihnen ist aber gemeinsam, daß der Geschäftsherr selbst eine sol-

---

360) S. o. S. 13

361) Bauer-Mengelberg, JW 1931, 2229; Boehmer, 67; Coing bei Staudinger, § 181 Anm. 3 d, 22; Siemes, 66

che Verpflichtung für seinen Vertreter regelmäßig nicht eingegangen wäre oder ihr nicht zustimmen würde. Dementsprechend wird der Bevollmächtigte bei diesen Fällen die Grenze zum Mißbrauch seiner Vertretungsmacht häufig überschritten haben.

Im wesentlichen wird eine ausdehnende Anwendung des § 181 BGB auf drei Gruppen von Rechtsgeschäften erwogen. [362] Bei der befreienden Schuldübernahme gemäß § 414 BGB, [363] ebenso beim Schuldbeitritt und bei der Garantieübernahme vereinbart der Vertreter mit seinem eigenen Gläubiger im Namen des Vollmachtgebers, daß dieser die Schuld des Vertreters übernehme oder ihr als weiterer Schuldner beitrete. Der Vertreter belastet seinen Geschäftsherrn also mit einer bereits bestehenden Verbindlichkeit durch Vertrag mit seinem Gläubiger.
Die zweite Gruppe der Geschäfte ist dadurch gekennzeichnet, daß der Vertreter die Verbindlichkeit - in der Person des Vertretenen - erst begründet, wobei der wirtschaftliche Gewinn wieder dem Vertreter zufließen soll. Es handelt sich um Wechselgeschäfte, bei denen der Vertreter den Wechsel für den Geschäftsherrn akzeptiert und ihn in dessen Namen an den Remittenten begibt oder um Verträge des Vertretenen mit einer Versicherung und dem Vertreter als Adressaten der Versicherungsleistung. Schließlich kann der Vertreter das Vermögen des Vollmachtgebers dadurch gefährden, daß er seinem Gläubiger ein Sicherungsrecht gegen den Vertretenen verschafft, indem er sich in dessen Namen verbürgt oder auf dem Grundstück des Geschäftsherrn eine Hypothek eintragen läßt.

Die Rechtsprechung [364] lehnt eine Erstreckung des § 181 BGB auf die Interzessionsgeschäfte einhellig ab, weil ein Interessenkonflikt, wie er von dieser Norm vorgesehen sei, bei diesen Geschäften nicht bestehe. Da die Willensbildung des Vertreters nicht für beide Vertragsparteien maßgebend sei, entfalle auch die dadurch bedingte Gefährdung des Geschäftsherrn. Der Vertreter werde nur im Namen des Vollmachtgebers tätig und sei rechtlich an den Geschäften völlig unbeteiligt. Zudem sei der Schutz des Vertragspartners vorrangig, so daß Interessenverletzungen des Geschäftsherrn zu seinen Lasten gingen. Einen Vermögensschaden durch Mißbrauch der Vertretungsmacht müsse der Vertretene durch Schadensersatzansprüche aus dem der Vollmacht zugrunde liegenden Rechtsverhältnis oder mit Ansprüchen aus den §§ 138, 823 ff, 826 BGB auszugleichen versuchen.

---

362) vgl. näher Siemes, 59

363) erfolgt die Schuldübernahme nach § 415 BGB, dann nimmt auch die Rechtsprechung ein Insichgeschäft an und unterwirft es § 181 BGB, vgl. RGZ 51, 422

364) RG JW 1931, 2229; RGZ 157, 24 ff; OLGE 13, 300 = Seuff. A. 61 Nr. 195; OLG Hamm BB 1956, 900

Die überwiegende Meinung in der Literatur [365] unterstützt die formale Auslegung der Rechtsprechung und verweist vorwiegend auf die Schutzbedürftigkeit des Dritten. Dieser könne nicht zuverlässig beurteilen, ob der Vertreter seine Vertretungsmacht mißbrauche, andererseits obliege dem Geschäftsherrn die sorgfältige Auswahl des Vertreters.
Soweit in der Literatur eine Anwendung des § 181 BGB auf die Interzessionsgeschäfte vertreten wird, [366] begründet sie diese mit der Gefährdung des Vertretenen, da der Mißbrauch der Vertretungsmacht nicht eindeutig festzustellen sei. Der Vertreter sei an dem Abschluß des Geschäftes selbst soweit interessiert, daß eine unbeeinflußte Wahrnehmung der Geschäftsherrninteressen nicht möglich sei. Als besonderes Argument wird die unbefriedigende Kasuistik der Rechtsprechung hervorgehoben, deren konstruktives Vorgehen den Willen des Gesetzgebers mißachte. [367]
Auf diese Weise könne der Vertreter seine Verpflichtung durch Schuldübernahmevertrag gemäß § 414 BGB auf den Vertretenen übertragen, während der Versuch, denselben Erfolg über § 415 BGB zu erzielen, an § 181 BGB scheitere. [368]

Für die Ausdehnung des § 181 BGB auf die Fälle der Interzession ist zunächst erforderlich, daß der Vollmachtgeber Gefahr läuft, durch das Handeln seines Vertreters einen Schaden zu erleiden, der aus der entgegenstehenden Interessenlage des Vertreters resultiert. Dabei ist aber zu beachten, daß § 181 BGB keine allgemeine Vorschrift ist, den Vertretenen vor einem Mißbrauch der Vertretungsmacht [369] zu schützen. Gerade im Interesse Dritter wollte der Gesetzgeber dem Vertreter die Ausübung der Vertretungsmacht nicht bei jeder Kollisionslage untersagen, weil denen das Vorliegen eines Interessenkonflikts oft unbekannt sein wird. Dem § 181 BGB ist also, über das Verbot der Insichgeschäfte hinaus, nicht der allgemeingültige Rechtsgedanke zu entnehmen, den Vertretenen vor jeder Interessengefährdung zugunsten seines Vertreters zu bewahren. Dann aber ist

---

365) Dankelmann/Heinrichs bei Palandt, 32. Aufl., § 181 Anm. 2; Dittmann NJW 1959, 1957 f; Enneccerus-Nipperdey, § 181 II 1; Oertmann, § 181 Anm. 5 d; Schlegelberger-Vogels, § 181 Anm. 2; Schultze-v. Lasaulx bei Soergel-Siebert, § 181 Anm. 22

366) Bauer-Mengelberg JW 1931, 2229 und Generalvollmacht 38; Boehmer, 66 f; Coing bei Staudinger, § 181 Anm. 22; Hoeniger DJZ 1910 Sp. 1347, 1348; H. Lehmann A. T. § 36 IV 4 c; Siemes, 76

367) Bauer-Mengelberg, JW 1931, 2229 und Generalvollmacht, 39; Boehmer, 67; Coing bei Staudinger, § 181 Anm. 22; Siemes, 67

368) Siemes, 66 f

369) so schon RGZ 157, 24, 31; auch oben S. 5

eine Erweiterung des Vertretungsverbotes nicht schon gerechtfertigt, wenn die Interessen des Vertreters zu denen des Geschäftsherrn in einem erheblichen Gegensatz stehen, [370] aus dem sich eine Vermögensschädigung des Vertretenen ergeben kann, hinzukommen muß die für das Selbstkontrahieren typische Beweisnot, eine sachgerechte Ausübung der Vertreteneninteressen feststellen zu können.

Die Gesetzesfassung des § 181 BGB hat den Schutz des Vertretenen vorverlegt, indem er die Befugnis zum Selbstkontrahieren von der Gestattung des Geschäftsherrn abhängig machte. Einer noch weitergehenden Verbotsausdehnung auf ausschließlich im Interesse des Vertreters liegenden Fallgruppen von Geschäften mit Dritten korrespondierte eine zusätzliche Beeinträchtigung des Geschäftsherrn.

Die Gefährdung der Interessen des Geschäftsherrn durch den selbstkontrahierenden Vertreter braucht sich im einzelnen Geschäftsabschluß nicht zu einem Schaden des Vertretenen zu realisieren, sondern kann sich auch zu einem Nachteil für den Vertreter konkretisieren. Dagegen bewirken Interzessionsgeschäfte nicht nur Kollisionslagen, sondern bereits eingetretene Interessenverletzungen, wenn die Vertretungsmacht nicht ausnahmsweise eigennützige Vertretergeschäfte billigt. Das Verbot des § 181 BGB ist für diese Geschäfte nur dann in Betracht zu ziehen, wenn seine Erstreckung den Schutz des Vertretenen fühlbar verstärkt, und das Gesetz keine anderweitigen Vorkehrungen für die Mißbrauchsfälle vorgesehen ha[371] Problematisch sind die kraft Gesetzes unbeschränkbaren Fälle der Vertretungsmacht, [372] Dritte sollen sich bei Rechtsgeschäften mit dem Vertreter auf deren Gültigkeit verlassen können, ohne Beschränkungen des Geschäftsherrn im Innenverhältnis gewärtigen zu müssen. Der Geschäftsherr kann diesen Rechtsgeschäften nur widersprechen, wenn der Vertreter seine Vertretungsmacht mißbraucht hat.

Dabei sind Rechtsprechung [373] und die herrschende Meinung in der Literatur [374] allmählich von dem Nachweis eines kollusiven Zusammenwirkens von Vertreter und dessen Vertragspartner zum Nachteil des Vertretenen abgerückt und fordern heute nur noch, daß der Dritte die Schädigungsabsicht hätte erkennen können. [375]

370) So aber Siemes, 66

371) Zweifel über den Umfang der Vertretungsmacht lassen sich durch die Anwendung des § 181 BGB nicht beheben, weil bei einem überschreiten der Vertretungsmacht die Sonderregelung der § 177 ff BGB eingreift

372) vgl. §§ 78, 82 AktG; 35, 37 GmbHG

373) RGZ 130, 142; 134, 37

374) vgl. Enneccerus-Nipperdey § 183 I 5; Flume § 45 II 3; Lehmann-Hübner § 36 VI 4; Schultze-v. Lasaulx bei Soergel-Siebert § 177 Anm. 16 ff, 19

375) die Rechtsprechung läßt heute schon leichteste Fahrlässigkeit genügen, vgl. schon RGZ 52, 99; 58, 356; 143, 201; 145, 314; 159, 367; BGH MDR 1964, 592

Der Abschluß eines allein den Vertreter begünstigenden Interzessionsgeschäftes ist für den Dritten so auffällig, daß ihm durchweg die Konfliktssituation des Vertreters einsichtig sein wird und sich ihm der Verdacht einer Benachteiligung des Vertretenen aufdrängt, so daß das Geschaft immer die Mißbrauchsfolge der Unwirksamkeit auslosen wird, wenn der Dritte nicht positiv weiß oder aber auf Grund von früher mit dem Vertreter erfolgten derartigen Geschäften darauf vertrauen kann, daß der Vertreter auch zum Abschluß von Interzessionsgeschäften befugt ist. Als strittige Fälle verbleiben dann allein solche, wo der Vertreter zwar eigennützige Geschäfte vornehmen darf, deren Umfang aber im Innenverhältnis begrenzt ist. Der Vertreter darf eigene Schulden auf den Geschäftsherrn übertragen, einen Wechsel für ihn akzeptieren oder ihn als Bürgen verpflichten, aber nur bis zu einem festgelegten Höchstbetrag. Schließt der Vertreter befugtermaßen ein solches Geschäft und überschreitet er nur den zulässigen Betrag, so kann der Geschäftsherr dem Dritten die abweichende Verabredung aus dem Innenverhältnis nicht entgegenhalten, weil der Dritte die internen Abmachungen nicht kennt.

Es entspricht vielmehr der unbeschränkten Vertretungsmacht, dem Geschäftsherrn die Beweislast aufzuerlegen, wenn er geltend machen will, der Dritte habe von der Begrenzung aus dem Innenverhältnis Kenntnis gehabt. [376] Die Mißbrauchsschranke ist das sachnähere Korrektiv als die undifferenzierte Unwirksamkeitsfolge für alle Interzessionsgeschäfte, weil das Gesetz mit der unbeschränkten Vertretungsmacht von der grundsätzlichen Gültigkeit der Vertretergeschäfte ausgeht. Insbesondere ist die Mißbrauchskontrolle dann erheblich, wenn der Geschäftsherr dem Vertreter die Vornahme von Insichgeschäften gestattet hat. Diese Gestattung bedeutet nicht, daß der Vertreter Interzessionsgeschäfte in unbegrenzter Höhe vornehmen darf, weil der Vollmachtgeber wohl in den Interessenwiderstreit des Selbstkontrahenten, nicht aber in offensichtliche Schädigungen durch Interzessionen eingewilligt hat. Der Verzicht auf die Anwendung des § 181 BGB kann nicht mit dem besonderen Schutzbedürfnis der Vertragspartner begründet werden, weil sie nicht beurteilen könnten, ob die Interessen des Vertretenen durch Interzessionen gefährdet würden. [377] Die Gefährdung des Vollmachtgebers ist so evident, [378] daß ein sorgfältiger Dritter, dem es ja gerade auf die Sicherstellung durch den Vertretenen ankommt, in seinem eigenen Interesse eine ausdrückliche Genehmigung des Geschäftsherrn einholen wird. Dann aber erfordert der Schutz des Vertretenen keine Ausdehnung des § 181 BGB auf Interzessionsgeschäfte, weil

376) so auch Hammel, JW 1933, 2875, 2878; a. A. Siemes, 74

377) OLG Hamm BB 1956, 900; Hammel JW 1933, 2875, 2878; Schultze-v. Lasaulx bei Soergel-Siebert § 181 Anm. 22

378) Medicus, § 5 III 4 b (S. 40)

ein Mißbrauch der Vertretungsmacht für die beteiligten Parteien regelmäßig offenkundig ist.

Es kann nicht zugegeben werden, daß die Rechtssicherheit durch die Mißbrauchkontrolle unbeachtet bleibt. Gerade bei einem Interzessionsgeschäft bestehen für die Vertragsparteien und auch für außenstehende Dritte, die vom Inhalt des Geschäftes erfahren, genügend sichere Abgrenzungen, um einen Mißbrauch der Vertretungsmacht feststellen zu können. Auch wenn man Geschäfte, die im Interesse des Vertreters liegen, gemäß § 181 BGB für schwebend unwirksam hält, ist zu prüfen, ob sie ausschließlich für den Vertreter vorteilhaft sind oder auch den Vertretenen begünstigen. Sowohl der Geschäftsherr als auch Dritte müssen bei jedem Geschäftsabschluß des Vertreters prüfen, ob er ein Interzessionsgeschäft abgeschlossen hat oder im Interesse des Vollmachtgebers tätig geworden ist.
Die Einzelfallprüfung will der BGH gerade vermeiden. [379] Er hält es für ein Wesensmerkmal der durch § 181 BGB verwirklichten Rechtssicherheit, daß alle zu der fraglichen Fallgruppe gehörenden Rechtsgeschäfte einheitlich gültig oder ungültig sind. Die unterschiedlichen Interessenlagen bei den Vertretergeschäften werden deshalb wohl auch für den BGH ausreichen, ungeachtet aller materieller Erwägungen, die eine Ausdehnung des § 181 BGB auf Interzessionsgeschäfte ablehnende Auffassung der Rechtsprechung beizubehalten.

VI. BEI ZUSTIMMUNGSGESCHÄFTEN IST EINE ERWEITERNDE ANWENDUNG DES § 181 BGB GEBOTEN

Die ausdehnende Anwendung des § 181 BGB wird weiter für die Zustimmungsgeschäfte vertreten, bei denen auf der einen Seite der Vertreter als Vertragspartei mit einem Dritten ein Rechtsgeschäft tätigt, das zur Wirksamkeit der Zustimmung des Vertretenen bedarf. [380] Der Vertreter kann die Zustimmung gemäß § 182 Abs. 1 BGB sowohl gegenüber sich selbst als auch gegenüber seinem Vertragspartner abgeben, wobei ein verbotenes Selbstkontrahieren nur im ersten Fall gegeben ist, [381] während bei der Erklärung der Zustimmung an

---

379) unter 3 a

380) Solche Zustimmungsgeschäfte sind in der Praxis nicht selten, vgl. §§ 136, 135; 1365 ff; 1483, 1422 ff; 2113 ff BGB

381) auch die Zustimmung ist ein Rechtsgeschäft, das dem Verbot des § 181 BGB unterliegt, vgl. RGZ 51, 422; BGH NJW 1960, 2285; Siemes, 40

einen Dritten ein Insichgeschäft nicht vorliegt.

Bei einer ersten Gruppe der fraglichen Rechtsgeschäfte geht es um die in § 181 BGB mitgeregelte Fallgestaltung, wo vertragliche Beziehungen zwischen zwei Geschäftsherrn durch einen Vertreter hergestellt werden, und die fehlende Gestattung durch wechselseitige Zustimmungserklärungen des Vertreters im Namen eines Vertretenen an den anderen ersetzt wird. Ein zweiter potentieller Anwendungsbereich umfaßt Geschäfte, bei denen divergierende Interessen des Vertreters und des Geschäftsherrn allein vom Vertreter konkretisiert werden, und die Anwendung des § 181 BGB nur deshalb zweifelhaft ist, weil das den Vertretenenschutz bezweckende Zustimmungserfordernis auch dem am Vertrag beteiligten Dritten erklärt werden kann; der Vorerbe trifft eine Verfügung über einen Nachlaßgegenstand und genehmigt als gleichzeitiger Vertreter des Nacherben dieses Rechtsgeschäft gegenüber seinem Vertragspartner.

Die Rechtsprechung [382] verneint, bis auf vereinzelte Gegenstimmen, [383] die einen inneren Grund für die Ungleichbehandlung dieser Geschäfte mit den Insichgeschäften vermissen, die Anwendung des § 181 BGB auf die Zustimmungsgeschäfte. Da die Zustimmung einem Dritten gegenüber abgegeben werde, liege tatbestandsmäßig ein Insichgeschäft nicht vor. Daß der wirtschaftliche Erfolg identisch sei, gleichgültig welcher Vertragsseite die Zustimmung erklärt werde, müsse angesichts des Wortlauts der Norm unerheblich bleiben. Auch bringe die Unübersehbarkeit der einzubeziehenden Fälle und die Schwierigkeit, mögliche Interessenkonflikte zu beurteilen, eine weitere Beeinträchtigung des Rechtsverkehrs mit sich.
Eine verbreitete Ansicht in der Literatur [384] stimmt dieser Rechtsprechung zum Teil ohne eigene Begründung zu oder verweist auf den Schutz des an dem Rechtsgeschäft beteiligten Dritten, der dem des Vertretenen vorgehe. [385]

382) OLGE 20, 420; RG Warn. Rspr. 15 Nr. 179; RGZ 76, 89, 92 = JW 1911, 544; RGZ 157, 24, 31 f; BayObLGE 1951, 456 ff, Nr. 110 = DNotZ 1952, 163

383) KG JFG 2, 283 = OLGE 34, 358; KG JFG 12, 285

384) Achilles-Greiff § 181 Anm. 1; Boettger, 24; Dankelmann/Heinrichs bei Palandt, 32. Aufl., § 181 Anm. 2 b; Enneccerus-Nipperdey § 181 III 4; Planck-Flad § 181 Anm. 1 e; RGRK-Kuhn § 181 Anm. 2

385) vor allem Weber, DNotZ 1952, 172; vgl. auch Schultze-v. Lasaulx bei Soergel-Siebert § 181 Anm. 22

Andere [386] halten unter Berücksichtigung des primären Normzwecks eine ausdehnende Anwendung des § 181 BGB für erforderlich. Der Vertretene sei auch bei einer Zustimmungserklärung an einen Dritten einem Interessenwiderstreit des Vertreters und damit einer Gefährdung seines Vermögens ausgesetzt. Immer genehmige der Vertreter sein eigenes Geschäft. Da der Vertreter den Geschäftsherrn nicht durch ein Insichgeschäft binden könne, dürfe die vertragliche Beziehung auch nicht durch eine Zustimmungserklärung an den Vertragsgegner erzielt werden.

Die rechtliche Beurteilung der Vertretung mehrerer Geschäftsherrn durch einen Vertreter ist von den Zustimmungsgeschäften gegenüber Dritten zu unterscheiden. Bei der Vertretung mehrerer Geschäftsherrn kommt das Rechtsgeschäft ohne deren Einverständnis, allein durch die Willenserklärungen des Vertreters zustande. Die Vertretenen können diesen rechtlichen Erfolg nicht verhindern, weil der Vertreter bei formaler Anwendung des § 181 BGB zu einem solchen Vorgehen berechtigt ist. Dieses Vertreterhandeln steht aber in offenkundigem Widerspruch zur Intention des § 181 BGB, die Willensentscheidung der Vertragsparteien zur Geltung zu bringen. [387]

Vertragliche Beziehungen zwischen mehreren von einem Bevollmächtigten vertretenen Parteien sollen nur dann rechtlich relevant werden, wenn dem Vertreter, über die erteilte Vertretungsmacht hinaus, ein solches Tätigwerden ausdrücklich gestattet wurde. Dieser Umgehungsweg ist noch zweckwidriger als der einer Einschaltung von Hilfspersonen, weil hier eine dritte Person fehlt, die wenigstens formal die Interessen eines Vertretenen ausführen könnte, und muß wie diese, bei einer zweckorientierten Auslegung des § 181 BGB, untersagt werden.
Die übrigen Zustimmungsgeschäfte zeichnen sich dadurch aus, daß sie nicht, wie die Vertretung mehrerer Geschäftsherrn durch einen Vertreter, im Gesetz selbst geregelt sind, und daß ein dritter Vertragsschließender beteiligt ist. Als materieller Gehalt des § 181 BGB war festgestellt worden, daß der Vertreter gehindert sein soll, Rechtsgeschäfte in seiner Person zu schließen, bei denen sowohl eigene Interessen als auch Interessen seines Geschäftsherrn zur Austragung kommen, weil der Gesetzgeber diese Interessenkonstellation besonders anfällig für eine Schädigung des Vertretenen hielt.

---

386) Boehmer, 68 f; Coing bei Staudinger § 181 Anm. 3 d, 23; v. Lübtow, Schenkungen, 20; Oertmann § 181 Anm. 5 b; Predari, Gruch 63, 685 f; Schlegelberger-Vogels § 181 Anm. 10; Siemes, 50

387) S. o. S. 23

Bei den Zustimmungsgeschäften hat der Vertretene keinen, bei seiner persönlichen Genehmigung vorhandenen, indirekten Einfluß auf die Vertragsgestaltung, sondern ist auf die Interessenwahrnehmung durch den Vertreter angewiesen. Die Anliegen des Vertretenen sind dann gewahrt, wenn er gemäß § 182 BGB selbst dem Geschäft zustimmt. Wird der Vertretene hierbei von seinem Bevollmächtigten vertreten, so ist nicht die formale Frage maßgebend, wem gegenüber der Vertreter die Genehmigung erteilt, sondern, gemäß dem Grundgedanken des § 181 BGB, wie in dem entstandenen Interessenwiderstreit die Belange des Vertretenen hinreichend beachtet werden. Da die Zustimmung des Vertreters auf das abgeschlossene Rechtsgeschäft bezogen ist, genehmigt er sein eigenes, die Interessen des Vertretenen gefährdendes Geschäft mit dem Dritten. [388] Ein Tätigwerden des Vertreters soll nach § 181 BGB bei einer derartigen Konfrontation verschiedener Interessen aber nur möglich sein, wenn der Vertretene sein Einverständnis dazu erklärt hat, so daß das Selbstkontrahieren nur der Spezialfall einer Fallgruppe von divergierenden Rechtsbeziehungen ist, insofern dabei alle Akte in einer Person abgewickelt werden. Insichgeschäfte haben aber im Vergleich zu den Zustimmungsgeschäften keinen intensivierenden Einfluß auf die Gefährdung des Vertretenen, bei ihnen ist lediglich die Kollisionslage noch offensichtlicher.

Da bei den Zustimmungsgeschäften Dritte als Vertragspartner beteiligt sind, bleibt zu prüfen, ob ihr Vertrauen auf den Bestand der Geschäfte durch eine erweiternde Anwendung des § 181 BGB mißachtet wird. [389] Bei den Interzessionsgeschäften waren Dritte wegen der Evidenz des Vollmachtmißbrauchs nicht schutzbedürftig. Einer Ausdehnung des § 181 BGB stehen die gesetzliche Regelung der unbegrenzten Vertretungsmacht und die vom BGH abgelehnte Einzelfallprüfung entgegen. Auch bei den Zustimmungsgeschäften scheinen die Gutglaubensvorschriften des Gesetzes einer Anwendung des § 181 BGB zu widersprechen. [390] Der gesetzliche Schutz des gutgläubigen Vertragspartners muß aufrechterhalten bleiben, so daß die Rechtsgeschäfte wirksam sind, wenn der Dritte das Zustimmungserfordernis leicht fahrlässig nicht kennt. Weiß der Dritte, daß der Vertreter in der Verfügungsbefugnis beschränkt ist, oder ist ihm die Beschränkung grob fahrlässig unbekannt geblieben, so versagt der gesetzliche Schutz. In diesen Fällen besteht kein Hinderungsgrund, den in § 181 BGB ausgewiesenen Vertretenenschutz durchzuführen. Der Vertragsgegner wird dadurch nicht unbillig benachteiligt, weil er bei einem Einverständnis des Vertretenen, die Zustimmung leicht von diesem erlangen wird.

---

388) Siemes, 46

389) OLG Hamm BB 1956, 900; vgl. auch die bei FN 385 Genannten.

390) vgl. §§ 135 II; 1412; 2113 III BGB

Auch dem Rechtsverkehr ist bei einer Nichtanwendung des § 181 BGB nicht gedient, weil er den Mißbrauch der Vertretungsmacht durch den Vertreter gewärtigen muß. Bei der Anwendung der Norm kann die Gültigkeit des Geschäftes durch eine Nachfrage bei dem Vertretenen schnell und einwandfrei ermittelt werden. Zwar handelt es sich bei den Zustimmungsgeschäften um keinen abgegrenzten Rechtsbereich mehrerer Personen, auf den das Verbot des § 181 BGB einheitlich zutreffen würde, wohl aber um Fallgruppen, denen gemeinsam ist, daß Interessen des Vertreters und des Vertretenen beteiligt sind, wobei der Vertretene durch ein - objektiv nachprüfbares - gesetzliches Zustimmungserfordernis besonders geschützt wird. Bei den Zustimmungsgeschäften ist die analoge Anwendung des § 181 BGB angebracht. Bei diesen Geschäften wie bei den Insichgeschäften entsteht die Gefährdung des Vertretenen durch die Beteiligung eigener geschäftlicher Belange des Vertreters, die eine sachgemäße Ausübung der Vertretungsmacht behindern.

ERGEBNIS UND ZUSAMMENFASSUNGEN

Die vorstehende Untersuchung hat gezeigt, daß die Konzeption des § 181 BGB insofern wörtlich zu nehmen ist, als sie die Beteiligung eines zweiten Interessenträgers bei Insichgeschäften vorschreibt, wenn sie dem Vertretenen nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil bringen. Dessen Kontrollfunktion konnte sowohl hinsichtlich der inhaltlichen Gültigkeit als auch der Vornahme und Durchführung von Insichgeschäften deutlich gemacht werden. Der erstmals von der Rechtsprechung nach jahrzehntelanger Kontroverse mit der Literatur anerkannte und aus ihrer Sicht folgerichtig judizierte materielle Regelungsgehalt des § 181 BGB darf nicht dazu verleiten, aus der Erkenntnis der fehlerhaften formalistischen Behandlung der Norm in das andere Extrem zu verfallen, und in der Norm ausgedrückte Gläubigerschutzgesichtspunkte und gesetzliche Risikoabwägungen völlig zu übergehen. Auch wenn man bereit ist, bei der Bildung oder Beibehaltung einer Einmanngesellschaft keine unredlichen Motive des Gesellschafters zu unterstellen, sondern von einem pflichtbewußten Kaufmann auszugehen, [391] so muß sich die eine Reduktion des § 181 BGB befürwortende Gegenmeinung doch die Frage angelegen sein lassen, weshalb die Wertschätzung der GmbH, ohne daß die zusätzliche Gefährdung durch die Einmanngesellschaft dabei ausschlaggebend gewesen wäre, so einprägsame Einschränkungen gefunden hat. [392] Diese Möglichkeiten der Manipulation auch bei Mehrpersonengesellschaften zeigen, daß die gesetzlichen Vorkehrungen nur Mindestanforderungen des Gläubigerschutzes erfüllen, die nicht unterschritten werden dürfen.

Die Gegenmeinung verweist für ihre Position auf die Umgehungen des § 181 BGB und die zugegebenermaßen beeindruckende Klarheit und Methodenreinheit ihrer Lösung. Trotz dieser Vorzüge ist es von der Rechtsordnung nicht hinzunehmen, daß bei der häufig gewählten Gesellschaftsform der Einmann-GmbH der Gläubigerschutz dem Belieben des Alleingesellschafters anvertraut ist. Die materielle Effizienz des § 181 BGB muß alle in ihm angelegten Schutzbereiche realisieren. Das bedeutet die strikte Durchsetzung des Selbstkontrahierungsverbotes für den Alleingesellschafter, der sich davon auch nicht durch einen satzungsändernden Beschluß befreien kann, und das Verbot der Unterbevollmächtigung und der ad hoc Bestellung eines Geschäftsführers.

391) Schilling, 164 ff, auch Plander, 59

392) Hueck, 233, nämlich die Bezeichnung der GmbH als Gesellschaft mit beschränkter Hochachtung

I. Der primäre Normzweck des § 181 BGB, Vermögenseinbußen des Vertretenen zu verhindern, wird durch eine Vorverlagerung des Schutzbereichs der Norm erzielt, der den Vertreter nur dann Interessenkonflikten aussetzt, wenn der Vertretene in die Gefährdung eingewilligt hat.

II. Die Zulässigkeit der teleologischen Reduktion des § 181 BGB bei der Einmann-GmbH hängt zunächst davon ab, ob man mit der Literatur den von der Norm mitbezweckten Schutz der Rechtssicherheit auf die objektive Feststellung der inhaltlichen Gültigkeit der Insichgeschäfte beschränkt oder ihn, wie der BGH, auf Manipulationen bei Verfügungsgeschäften erstreckt.

1. Das Gestattungserfordernis ist das eigentlich konstitutive Moment des Vertretenenschutzes. Die Gestattung eröffnet dem Vertreter erst die Möglichkeit, Insichgeschäfte vorzunehmen, gegenüber denen der Geschäftsherr den Einwand pflichtwidriger Vertretung nicht erheben kann. Auf diese Weise verwirklicht § 181 BGB den vom Gesetzgeber beabsichtigten Verkehrsschutz. Die Gestattung kann nach der gesetzlichen Intention nur durch einen selbständigen Interessenträger erfolgen, der als Kontrollorgan bei der Durchführung der Insichgeschäfte und ihrer Vornahme fungiert.

2. Formalisierung und Gestattung sind nur als Einheit zu verstehen. Wenn die Gestattung erteilt ist, verfolgt die Formalisierung ausschließlich Belange des Rechtsverkehrs, die inhaltliche Gültigkeit von Insichgeschäften eindeutig feststellen zu können.

III. Bei Verfügungsgeschäften sorgt die entgegengesetzte Interessenlage der Beteiligten für eine Klarstellung der Berechtigungen an Vermögensgegenständen und verhindert Manipulationen zu Lasten der Gläubiger.

1. Die Offenlegung der Übereignungsvorgänge, strenge Beweisanforderungen an die Vornahme von Insichgeschäften, die Schriftform für Rechtsgeschäfte des Selbstkontrahenten und qualifizierte Kundgabeakte vermögen den Rechtsverkehr nicht annähernd so zu schützen, wie es der auch von § 181 BGB vorausgesetzte unabhängige Wille des Geschäftsherrn bewirkt.

a) Bei verschärften Kundgabeanforderungen an Insichgeschäfte kann allenfalls erreicht werden, daß sie nicht völlig unerkannt rückgängig gemacht oder inhaltlich beliebig abgeändert werden. Weder kann aber verhindert werden, daß der

Selbstkontrahent für die Gläubiger nachteilige Geschäfte vorspiegelt, noch kann die tatsächliche Ausführung der behaupteten Insichgeschäfte überwacht werden.

b) Die Gläubiger der Einmanngesellschaft sind besonders schutzbedürftig, weil sie nur auf das vorhandene Gesellschaftsvermögen zugreifen können. Dem Bestreben, sie durch das Selbstkontrahierungsverbot des Alleingesellschafters zu schützen, kann nicht entgegengehalten werden, § 181 BGB bezwecke den Schutz von Gesellschaftsgläubigern nicht.

Da § 181 BGB das Kontrollkorrektiv des unabhängigen Geschäftsherrn für den gesetzlich geregelten Fall selbst vorsieht, ist nur zu fragen, ob bei dem Ausnahmefall der die Gläubigergefährdung erhöhenden Einmann-GmbH dieses Erfordernis beizubehalten ist oder ob darauf verzichtet werden kann. Gerade in diesem Bereich ist die Nachprüfbarkeit der sachenrechtlichen Zuordnung aber unerläßlich. Dieses Ergebnis folgt nicht aus § 181 BGB, sondern aus einer Bewertung der Verfügungsnormen.

2. Die Überprüfung der Gültigkeit von Insichgeschäften wird weder bei Anwendung noch bei Reduktion des § 181 BGB merklich erleichtert, so daß der Schutz des Rechtsverkehrs auf die objektive Feststellbarkeit der Gültigkeit zu beschränken ist.

3. Auch die eine Reduktion befürwortende Rechtsprechung und Literatur verkennen die Gefahren für den Rechtsverkehr nicht. Sie scheinen aber vor den geschaffenen Umgehungen zu resignieren, anstatt ihnen entgegenzuwirken.

IV. § 181 BGB ist dem Schutz des Stammkapitals der Einmann-GmbH dienstbar zu machen. Insichgeschäfte gefährden das Stammkapital in vergleichbarer Weise wie den Vertretenen. Da eine Kontrollinstanz fehlt, können auch offensichtliche Verstöße gegen das Gebot der Kapitalerhaltung nicht festgestellt werden. Deshalb kann der Schutz nicht mit Normen erzielt werden, die eingetretene und erkannte Schädigungen ausgleichen, sondern nur mit solchen, die schon die Konfliktslagen verhindern. So werden die Schutzfunktion des § 31 GmbHG und die einen angepaßten Risikoausgleich zwischen Gesellschafter und Gesellschaftsgläubigern fördernde Rechtsprechung zur Unterkapitalisierung erst durch die Anwendung des Selbstkontrahierungsverbotes effektiv. Der Gläubigerschutz hat Vorrang vor der Entfaltungsfreiheit der Einmann-GmbH, weil der Alleingesellschafter durch die Eröffnung des Geschäftsbetriebs das Risiko für die Gläubiger begründet.

1. Der Alleingesellschafter kann sein Interesse nicht beliebig zu dem seiner Gesellschaft machen; seine Dispositionen sind durch Kapitalsicherung und Kapitalerhaltung begrenzt.

2. Die Anwendung des § 181 BGB zum Schutz des Stammkapitals bedeutet primär die Sicherung eines Vermögens und erst in zweiter Linie den Schutz der Gesellschaftsgläubiger.

3. Der Gesellschafter kann der Gesellschaft Kapital nur bei ausdrücklicher Ausweisung als Gewinnentnahme entziehen. Der Gläubigerschutz gebietet es, dem Gesellschafter eine Darlehensgewährung an die Gesellschaft, die Erhöhung seiner Bezüge als Geschäftsführer der Gesellschaft und die Übertragung der Anteile bei einer Kapitalerhöhung auf sich selbst durch Insichgeschäfte zu untersagen. Geldzuwendungen, die die Aufnahme oder Fortführung des Geschäftsbetriebes erst ermöglichen, sind als Einzahlung des Stammkapitals zu behandeln.

V. Bei der Mitwirkung eines Dritt-Geschäftsführers kann vom Verbot des § 181 BGB befreit werden. Der Dritt-Geschäftsführer übernimmt die Überwachungsfunktion des Mitgesellschafters bei der Mehrpersonengesellschaft. Ein besonderes Mißtrauen gegen ihn, Manipulationsversuchen des Gesellschafters nicht entgegenzutreten, ist nicht gerechtfertigt.

1. Die ad hoc Bestellung von Substituten und Unterbevollmächtigten widerspricht den Normzwecken des § 181 BGB und ihrer gesetzlichen Verwirklichung. Der rechtliche Erfolg einer vertraglichen Beziehung zwischen Vertretenem und Vertreter kann nur nach einer Gestattung des Vertretenen eintreten.

2. Schenkungen der Eltern an ihre geschäftsunfähigen Kinder sind unbeschränkt zuzulassen. Manipulationen werden dadurch zwar erleichtert, eine Gläubigergefährdung ist in diesem Bereich aber ohnedies nicht völlig auszuschließen.

3. Auf Interzessionsgeschäfte ist das Verbot des § 181 BGB nicht zu erstrekken. Die gesetzlich vorgesehenen unbeschränkten Vertretungsbefugnisse widersprechen einer entsprechenden Anwendung der Norm. Ein Mißbrauch der Vertretungsmacht ist bei diesen Geschäften regelmäßig evident.

4. Zustimmungsgeschäfte sind die generellere Fallgestaltung gegenüber dem Spezialfall des Insichgeschäfts. Divergierende Interessenlagen verhindern beidesmal die Nachprüfung der ordnungsgemäßen Ausführung der Vertretungsmacht.

Bei materieller Beurteilung des § 181 BGB kann nicht die formal mögliche Zustimmung gegenüber dem Dritten entscheidend sein, sondern die eine Ausdehnung der Norm fordernde Konfliktlage beim zugrundeliegenden Rechtsgeschäft.

LEBENSLAUF

Ich wurde am 18. Juli 1946 als Sohn des Baupoliers Johannes Göggerle und seiner Ehefrau Frida, geb. Kreiser, in Stuttgart-Bad Cannstadt geboren. Ich bin deutscher Staatsangehöriger.

Nach dem Besuch der Grundschule in Bad Cannstadt trat ich 1957 in das dortige Gottlieb-Daimler-Gymnasium ein, wo ich am 23. Februar 1966 das Abitur ablegte. Vom Sommersemester 1966 an studierte ich an der Eberhard-Karls-Universität in Tübingen Rechtswissenschaft, seit dem Wintersemester 1966/67 bin ich zusätzlich als Student der ev. Theologie immatrikuliert.

Am 18. November 1971 bestand ich in Tübingen die Erste juristische Staatsprüfung. Im Augenblick bereite ich mich auf die theologische Fakultätsprüfung vor.